

## TÒA ÁN THỰC THI CÔNG LÝ THÔNG QUA VIỆC BẢO ĐẢM QUYỀN TỔ TỤNG DÂN SỰ CỦA ĐƯƠNG SỰ

Nguyễn Thị Thúy Hằng<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Tòa án là chủ thể được Nhà nước trao quyền giải quyết các tranh chấp, xung đột về lợi ích giữa các cá nhân, tổ chức với nhau. Vì vậy, Tòa án là chủ thể có vai trò quan trọng trong việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự, bảo đảm cho công lý được thực thi. Tuy nhiên, thực trạng pháp luật tố tụng dân sự về trách nhiệm bảo đảm thực thi công lý của Tòa án thông qua bảo đảm quyền tố tụng của đương sự còn nhiều bất cập, vướng mắc. Trong phạm vi bài viết, tác giả chỉ ra một số bất cập đó và đề xuất phương án giải quyết.

**Từ khóa:** Bảo đảm quyền tố tụng, tòa án thực thi công lý, quyền tố tụng của đương sự.  
 Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 25/03/2020; Duyệt đăng: 15/04/2020.

**Abstract:** Courts are subjects assigned by the State to settle disputes and conflicts of interests between individuals and organizations. Therefore, the Court plays an important role in ensuring the litigants' rights to legal proceedings and ensuring that justice is enforced. However, many inadequacies and problems have been found in the implementation of the civil procedure law on the Court's responsibility to ensure the enforcement of justice by ensuring the litigants' right to legal proceedings. Within this article, the author will point out some of these shortcomings and propose solutions.

**Keywords:** Procedural guarantees, Court of justice, Procedural rights of litigant.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 25/03/2020; Date of Approval: 15/04/2020.

### 1. Mối quan hệ giữa bảo đảm quyền tố tụng của đương sự với thực thi công lý của Tòa án

Thực thi công lý là hoạt động thực hiện hóa công lý vào đời sống xã hội, có ý nghĩa bảo đảm cho công bằng, lẽ phải và lợi ích chính đáng của cá nhân, đặc biệt là các cá nhân trong hoàn cảnh bị người khác đối xử bất công hoặc bị xâm phạm lợi ích hoặc bị cho là đã thực hiện các hành vi trên. Trong thực tiễn các loại hành vi này gọi là vi phạm pháp luật hoặc là vi phạm đạo đức hoặc quy phạm xã hội khác. Tùy thuộc vào cơ sở được sử dụng xác định vi phạm, xã hội có cơ chế bảo vệ công bằng, lẽ phải cho cá nhân khác nhau. Nếu hành vi có tính chất trên bị cho là vi phạm pháp luật thì cơ chế được xã hội ủy thác để bảo vệ công bằng, lợi ích chính đáng là Nhà nước và cơ chế cuối cùng trong các cơ chế Nhà nước bảo vệ giá trị trên là Tòa án. Tòa án bảo vệ công bằng, lẽ phải và lợi ích

chính đáng của cá nhân trong nhiều hoàn cảnh khác nhau, trong đó bảo vệ công bằng, lẽ phải và lợi ích trong các tranh chấp dân sự được gọi là giải quyết tranh chấp dân sự. Giải quyết tranh chấp vụ án dân sự là hoạt động pháp lý phức tạp phải được thực hiện theo quy định nghiêm ngặt của pháp luật. Chính vì thế, để Tòa án bảo vệ công lý cho các cá nhân, tổ chức trong quá trình giải quyết vụ án dân sự trước hết Tòa án phải bảo đảm cho các bên thực hiện đầy đủ các quyền tố tụng của đương sự. Bởi lẽ, pháp luật ghi nhận các quyền tố tụng của đương sự là nhằm bảo đảm cho các đương sự có khả năng cao nhất để tự bảo vệ hoặc yêu cầu Tòa án bảo vệ công bằng, lẽ phải và lợi ích chính đáng của bản thân khi yêu cầu Tòa án giải quyết tranh chấp dân sự.

Trong quá trình giải quyết vụ án dân sự hầu hết các hoạt động tố tụng mang tính quyền lực nhà nước được thực hiện bởi Tòa án. Tòa án là chủ thể được Nhà nước trao quyền giải quyết

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Trường Đại học Luật Huế.



các tranh chấp, xung đột về lợi ích giữa các cá nhân, tổ chức với nhau. Các quyết định của Tòa án có giá trị bắt buộc đối với các chủ thể tham gia tố tụng. Do đó, Tòa án là chủ thể có vai trò quan trọng trong việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự, bảo đảm cho công lý được thực thi.

Mức độ ảnh hưởng của Tòa án đối với việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự phụ thuộc vào mô hình tố tụng của mỗi nước. Theo nhận xét của tác giả Jack I.H. Jacob, trong hệ thống thẩm xét mà đặc trưng được áp dụng tại Pháp và các nước Châu Âu lục địa thì Tòa án giữ vai trò là trung tâm của quá trình tố tụng. Trái lại, trong hệ thống tranh tụng áp dụng tại Anh Quốc, Hoa Kỳ và một số nước khác thì vị trí trung tâm của tố tụng thuộc về chính các đương sự<sup>2</sup>. Như vậy, đối với những nước theo mô hình tố tụng thẩm xét thì Tòa án vẫn đóng vai trò chi phối đối với các hoạt động tố tụng, nên có thể tác động mạnh mẽ đến việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự. Theo đánh giá của tác giả Tổng Công Cường, mô hình tố tụng Việt Nam cơ bản áp dụng theo mô hình thẩm xét của những nước Châu Âu lục địa. Tuy nhiên, vì mô hình tranh tụng triệt để như Anh, Hoa Kỳ hay mô hình thẩm xét truyền thống của Pháp đều có những hạn chế nhất định nên xu hướng cải cách tại hầu hết các nước hiện nay là kết hợp những ưu điểm của hai mô hình trên<sup>3</sup>. Việc cải cách tư pháp của nước ta cũng theo xu hướng chung của thế giới, cụ thể nước ta đã áp dụng những hạt nhân hợp lý của mô hình tố tụng tranh tụng như áp dụng nguyên tắc tranh tụng trong xét xử. Tuy nhiên, mô hình tố tụng nước ta vẫn chịu ảnh hưởng bởi mô hình tố tụng thẩm xét. Vì vậy, “vai trò và trách nhiệm của đương sự còn phụ nhiều vào Tòa án. Tòa án là chủ thể quyết định về thủ tục, quyết định về giá trị cũng như mức độ đầy đủ của chứng

cứ”<sup>4</sup>. Do vậy, việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự không thể thiếu vai trò của Tòa án.

Có ý kiến nhận định rằng, quyền con người không tự thân vận hành trong thực tiễn nếu không có sự tác động từ phía chủ thể công quyền với vai trò là người điều khiển sự vận động các quy tắc hướng xã hội có trật tự. Bất kỳ một quyền con người, quyền công dân cụ thể nào nếu không được quy định thêm vào đó các yếu tố bảo trợ cần thiết về mặt thủ tục thực hiện cũng như các thiết chế bảo đảm thực hiện sẽ không thể nào có sức sống thực tế<sup>5</sup>. Quyền tố tụng dân sự của đương sự cũng không phải là ngoại lệ và Tòa án là cơ quan đại diện cho công quyền điều khiển sự vận hành bảo đảm thực hiện quyền tố tụng của đương sự khi họ tham gia tại Tòa án. Vì vậy, quyền tố tụng của đương sự được bảo đảm thực hiện hay không phụ thuộc vào hành vi tố tụng của Tòa án. Theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự (BLTTDS) Việt Nam thì phần lớn các quyền tố tụng của đương sự sẽ được bảo đảm thực hiện thông qua việc thực hiện các trách nhiệm tương ứng của Tòa án. Đối với các quyền tố tụng của đương sự như quyền đề nghị Tòa án xác minh, thu thập tài liệu, chứng cứ; đề nghị Tòa án yêu cầu đương sự khác xuất trình tài liệu, chứng cứ mà họ đang giữ; đề nghị Tòa án ra quyết định yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân đang lưu giữ, quản lý tài liệu, chứng cứ cung cấp tài liệu, chứng cứ đó; đề nghị Tòa án triệu tập người làm chứng, trưng cầu giám định, quyết định việc định giá tài sản; đề nghị Tòa án quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời chỉ được bảo đảm thực hiện được khi Tòa án thực hiện đúng nhiệm vụ của mình trong quá trình tố tụng.

Bên cạnh đó, có những quyền tố tụng của đương sự phải thông qua Tòa án hoặc do Tòa án tác động mới thực hiện được như quyền đề

<sup>2</sup> Jack I.H. Jacob (1987), *The Fabric of English Civil Justice* (Cấu trúc tư pháp dân sự Anh Quốc), Nxb Steven & Son Press, tr.9.

<sup>3</sup> Tổng Công Cường (2007), *Luật tố tụng dân sự Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia thành phố Hồ Chí Minh, tr.4&48.

<sup>4</sup> Tổng Công Cường, sđd, tr.146.

<sup>5</sup> Lê Thị Hồng Nhung (2011), *Cơ chế bảo đảm và bảo vệ quyền con người*, Nxb Khoa học xã hội Hà Nội, tr.184.

xuất với Tòa án những vấn đề cần hỏi người khác; được đối chất với nhau hoặc với người làm chứng. Do đó, quyền tố tụng của đương sự chỉ được bảo đảm khi Tòa án thực hiện nghiêm túc nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Mặt khác, các quyền tố tụng cụ thể của đương sự muốn thực hiện được thì phải được sự đồng ý, chấp thuận của Tòa án thể hiện thông qua các văn bản hoặc hành vi tố tụng của Tòa án. Do đó, Tòa án là chủ thể có vai trò quan trọng trong việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự.

## **2. Thực trạng pháp luật tố tụng dân sự hiện hành về trách nhiệm bảo đảm thực thi công lý của Tòa án thông qua bảo đảm quyền tố tụng của đương sự**

Trong tố tụng dân sự, Tòa án là cơ quan trực tiếp tham gia vào quá trình giải quyết vụ án, phần lớn các quyền tố tụng cụ thể của đương sự gắn liền với trách nhiệm của Tòa án. Vì vậy, Tòa án đóng vai trò quan trọng trong việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự - bảo đảm thực thi công lý.

Trách nhiệm của Tòa án trong việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự được quy định ngay trong các nguyên tắc cơ bản của BLTTDS năm 2015. Đó là, Tòa án không được từ chối thụ lý giải quyết vụ án khi chưa có điều luật áp dụng (Điều 4); Tòa án có trách nhiệm hỗ trợ đương sự trong việc thu thập chứng cứ và chỉ tiến hành thu thập, xác minh chứng cứ trong trường hợp do BLTTDS quy định (Điều 6); Tòa án có trách nhiệm bảo đảm cho đương sự thực hiện quyền bảo vệ của họ và không ai được hạn chế quyền bảo vệ của đương sự (Điều 9); Tòa án có trách nhiệm tiến hành hòa giải và tạo điều kiện thuận lợi để các đương sự thỏa thuận với nhau về việc giải quyết vụ việc dân sự (Điều 10); Tòa án có trách nhiệm bảo đảm cho đương sự, người bảo vệ quyền và lợi

ích hợp pháp của đương sự thực hiện quyền tranh tụng trong xét xử sơ thẩm, phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm theo quy định của Bộ luật này (Điều 24). Dưới góc độ lý luận thì ngoài các nguyên tắc mang tính định hướng, trách nhiệm của Tòa án trong việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự còn phải được quy định cụ thể trong BLTTDS năm 2015. Ngoài các quy định có tính nguyên tắc, để bảo đảm quyền tố tụng của đương sự, BLTTDS năm 2015 còn quy định nhiệm vụ, quyền và trách nhiệm của Tòa án tại các Điều 106, 110, 113, 205, 269.v.v... Các quy định này có giá trị điều chỉnh hành vi của Tòa án nhằm bảo đảm cho các quyền tố tụng của đương sự được tôn trọng và thực hiện. Đây là cơ sở pháp lý quan trọng buộc Tòa án phải thực hiện đúng nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của mình trong việc giải quyết vụ án dân sự cụ thể, tránh sự lạm quyền của Tòa án, gây khó khăn cho đương sự thực hiện quyền tố tụng để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp<sup>6</sup>. Đồng quan điểm này cũng có ý kiến cho rằng, BLTTDS năm 2015 đã xây dựng được một hệ thống các quy định của pháp luật về nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của Tòa án cùng với các cơ chế pháp lý khác chính là những bảo đảm hữu hiệu cho quyền con người, quyền công dân của đương sự trong TTDS<sup>7</sup>. Tuy nhiên, việc nghiên cứu luật thực định cho thấy, bên cạnh những ưu điểm thì BLTTDS năm 2015 vẫn có những quy định chưa thực sự nâng cao vai trò của Tòa án trong việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự, bảo đảm thực thi công lý.

**Thứ nhất**, BLTTDS năm 2015 chưa có những quy định về trách nhiệm của Tòa án gắn liền với việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự. Đó là, BLTTDS năm 2015 chưa quy định trách nhiệm của Tòa án trong việc bảo đảm các

<sup>6</sup> Nguyễn Thị Thu Hà (2017), *Cơ chế pháp lý bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong giải quyết vụ án dân sự tại tòa án nhân dân*, Nxb Lao động, Hà Nội, tr.176.

<sup>7</sup> Trần Phương Thảo, Phạm Văn Phát (2016), *Cơ chế bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong thủ tục giải quyết vụ án dân sự và một số kiến nghị, Cơ chế bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong tố tụng dân sự theo yêu cầu cải cách tư pháp và thi hành Hiến pháp năm 2013* (Nguyễn Thị Thu Hà chủ nhiệm đề tài), Đề tài cấp trường, mã số LH-2016-27/ĐHL-HN, tr.191.



quyền tố tụng của đương sự được thực thi trên thực tế cũng như trách nhiệm của Tòa án trong việc phổ biến toàn bộ các quyền và nghĩa vụ của đương sự cho đương sự từ thời điểm họ nộp đơn khởi kiện và các quyền tố tụng cụ thể trong các giai đoạn tố tụng sau đó. Theo quy định của BLTTDS năm 2015, Tòa án chỉ phổ biến quyền và nghĩa vụ cho đương sự ở phiên tòa xét xử, nhưng thực tế từ thời điểm nộp đơn khởi kiện đương sự đã phải thực hiện các quyền và nghĩa vụ tố tụng của mình và khi họ thực hiện đúng các quyền nghĩa vụ tố tụng đó thì quyền tố tụng của đương sự phía đối lập mới được bảo đảm thực hiện. Xét về thực tế thì không phải đương sự nào cũng hiểu rõ về quyền và nghĩa vụ tố tụng của mình để thực hiện triệt để.

**Thứ hai**, BLTTDS năm 2015 đã bổ sung quy định mang tính nguyên tắc tại Điều 4 là Tòa án không được từ chối thụ lý giải quyết vụ án khi chưa có điều luật áp dụng để bảo đảm quyền khởi kiện của đương sự, nhưng BLTTDS năm 2015 cũng không có quy định về chế tài đối với Tòa án khi từ chối thụ lý vụ án với lý do chưa có điều luật áp dụng. Vì vậy, quy định về trách nhiệm của Tòa án trong việc không được từ chối thụ lý vụ án vì lý do chưa có điều luật để áp dụng nhằm bảo đảm quyền khởi kiện của các đương sự chưa được bảo đảm thực hiện.

**Thứ ba**, Khoản 1 Điều 96 BLTTDS năm 2015 quy định Tòa án có quyền thu thập tài liệu, chứng cứ theo quy định tại Điều 97 của Bộ luật này để giải quyết vụ án. BLTTDS năm 2015 quy định Tòa án có quyền thu thập tài liệu, chứng cứ nhằm bảo đảm cho việc giải quyết vụ án được chính xác khách quan, đồng thời bảo đảm cho đương sự thực hiện quyền tranh tụng. Tuy nhiên, BLTTDS năm 2015 giới hạn thời hạn giao nộp tài liệu, chứng cứ của đương sự mà không giới hạn thời hạn mà Tòa án có quyền thu thập chứng cứ, chính quy định này đã ảnh hưởng lớn việc thực hiện quyền tranh tụng của đương sự. Vì có một số trường hợp sau phiên giao nộp chứng cứ và hòa giải,

Tòa án mới tiến hành thu thập tài liệu chứng cứ nhưng đương sự không biết và BLTTDS năm 2015 cũng không quy định Tòa án có nghĩa vụ thông báo cho đương sự về chứng cứ, tài liệu mới thu thập, dẫn tới đương sự không thực hiện được quyền được tiếp cận, sao chụp tài liệu, chứng cứ của vụ án và tại phiên tòa đương sự không có sự chuẩn bị để tranh tụng đối với các tài liệu, chứng cứ mới do Tòa án thu thập, dẫn tới quyền tranh tụng của đương sự không được thực hiện hiệu quả. Như vậy, pháp luật cho phép Tòa án có quyền thu thập chứng cứ trong mọi giai đoạn tố tụng nhưng việc Tòa án không thông báo cho đương sự về những tài liệu, chứng cứ mới đã ảnh hưởng tới việc thực hiện quyền tiếp cận, sao chụp tài liệu, chứng cứ của vụ án và quyền tranh tụng của đương sự.

**Thứ tư**, sự độc lập khách quan của Tòa án trong quá trình xét xử là một bảo đảm quan trọng cho quyền tố tụng của đương sự được thực thi trên thực tế. Sự độc lập khách quan của Tòa án được thể hiện thông qua hai nguyên tắc cơ bản là thẩm phán, hội thẩm nhân dân xét xử vụ án dân sự độc lập và chỉ tuân theo pháp luật (Điều 12); bảo đảm sự vô tư, khách quan trong tố tụng dân sự (Điều 16). Tuy nhiên, BLTTDS năm 2015 cũng chưa có những quy định nhằm bảo đảm thực hiện quyền được xét xử bởi một Tòa án độc lập, khách quan của đương sự. Điều 16 BLTTDS năm 2015 ghi nhận nguyên tắc về bảo đảm sự vô tư, khách quan trong tố tụng dân sự. Theo đó, “Chánh án Tòa án, thẩm phán, hội thẩm nhân dân, thẩm tra viên, thư ký tòa án, ... không được tiến hành hoặc tham gia tố tụng nếu có lý do xác đáng để cho rằng họ có thể không vô tư, khách quan trong khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình” và “Việc phân công người tiến hành tố tụng phải bảo đảm để họ vô tư, khách quan khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình”. Tuy nhiên, việc nghiên cứu so sánh cho thấy các quy định cụ thể về căn cứ từ chối, thay đổi người tiến hành tố tụng từ Điều 52 đến Điều 54 BLTTDS năm 2015 còn chưa dự liệu đầy đủ các trường hợp như trong pháp luật tố

tụng dân sự của Pháp và Nhật Bản. Luật tố tụng dân sự Pháp và Nhật Bản quy định một phạm vi rất rộng các trường hợp cụ thể mà đương sự có quyền yêu cầu thay đổi thẩm phán. Đây là các quy định có giá trị tham khảo cho việc hoàn thiện BLTTDS năm 2015 hoặc hướng dẫn áp dụng tại các Tòa án hiện nay nhằm đáp ứng tốt hơn quyền được xét xử bởi một Tòa án khách quan<sup>8</sup>.

### **3. Hoàn thiện pháp luật bảo đảm Tòa án thực thi công lý thông qua bảo đảm quyền tố tụng của đương sự**

*- Bổ sung nguyên tắc Tòa án phải có trách nhiệm bảo đảm quyền tố tụng của đương sự.*

Tôn trọng các quyền tố tụng của đương sự là trách nhiệm của Tòa án trong quá trình giải quyết vụ án, là một yêu cầu cơ bản để bảo đảm thực thi công lý và bảo đảm quyền tố tụng của đương sự được thực thi trên thực tế. Điều này cũng được quy định tại nguyên tắc 6 của Các nguyên tắc cơ bản – nguyên tắc có tính tuyên ngôn toàn cầu về các quan điểm được chấp nhận bởi thành viên các nước Liên Hợp Quốc: “Nguyên tắc độc lập của Tòa án trao quyền và đòi hỏi Tòa án phải bảo đảm rằng quá trình xét xử phải được tiến hành một cách công bằng và tôn trọng quyền các bên”<sup>9</sup>. Vì vậy, để nâng cao trách nhiệm của Tòa án trong việc bảo đảm quyền tố tụng của đương sự và để pháp luật TTDS Việt Nam tương thích với pháp luật của các nước trên thế giới, đồng thời phù hợp với các Công ước quốc tế, BLTTDS năm 2015 nên quy định trách nhiệm này của Tòa án thành một nguyên tắc. Theo đó, điều luật có thể được thiết kế như sau:

*“Bảo đảm quyền tố tụng của đương sự trong tố tụng dân sự*

*1. Tòa án phải có trách nhiệm bảo đảm cho đương sự thực hiện các quyền tố tụng của họ theo luật định.*

*2. Tòa án có trách nhiệm phổ biến các quyền, nghĩa vụ tố tụng cụ thể cho các bên đương sự. Khi đương sự nộp đơn khởi kiện thì trách nhiệm phổ biến quyền và nghĩa vụ tố tụng cho đương sự thuộc về bộ phận thụ lý đơn, trong quá trình giải quyết vụ án thì trách nhiệm này thuộc về thẩm phán giải quyết vụ án”.*

*- Bổ sung quy định giới hạn thời hạn Tòa án thu thập tài liệu, chứng cứ.*

Như đã phân tích ở trên, việc Tòa án thu thập tài liệu, chứng cứ được xem là một trong những biện pháp mà Tòa hỗ trợ cho đương sự trong việc thực hiện nghĩa vụ thu thập chứng cứ để phục vụ cho quyền tranh tụng của đương sự. Vì vậy, để bảo đảm việc thực hiện quyền tố tụng của đương sự, bảo đảm thực thi công lý và bảo đảm sự tương thích pháp luật của các nước trên thế giới về bảo đảm quyền tố tụng của đương sự thì BLTTDS năm 2015 nên giới hạn thời hạn Tòa án thu thập tài liệu, chứng cứ là trước khi có quyết định đưa vụ án ra xét theo thủ tục xử sơ thẩm.

*- Bổ sung các trường hợp cụ thể mà đương sự có quyền yêu cầu thay đổi thẩm phán.*

Sự độc lập, khách quan trong xét xử là một yêu cầu được đặt ra trong các Công ước quốc tế về quyền con người như Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1996, trong Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền năm 1948... Trong quá trình giải quyết vụ án tại Tòa án thì sự độc lập, khách quan của Tòa án được thể hiện thông qua sự độc lập, khách quan của thẩm phán – chủ thể tham gia trực tiếp vào toàn bộ quá trình giải quyết vụ án. Vì vậy, để bảo đảm sự khách quan trong xét xử, BLTTDS năm 2015 cần bổ sung thêm các căn cứ từ chối, thay đổi người tiến hành tố tụng:

**Thứ nhất**, nếu thẩm phán hay vợ, chồng của thẩm phán có lợi ích cá nhân trong vụ tranh chấp hoặc là chủ nợ, con nợ của vợ hoặc chồng các bên đương sự... (Xem tiếp trang 15)

<sup>8</sup> Trần Anh Tuấn (2018), *Quyền được xét xử bởi một Tòa án độc lập, khách quan, trong một thời hạn hợp lý trong tố tụng dân sự trong bối cảnh cải cách tư pháp và hội nhập quốc tế*, Đề tài khoa học cấp trường *Quyền được xét xử bởi một Tòa án độc lập, khách quan, trong một thời hạn hợp lý trong tố tụng dân sự*, Đại học Luật Hà Nội, tr. 9.

<sup>9</sup> Văn phòng cao ủy Liên hợp quốc về quyền con người và hội luật sư quốc tế (2011), *Quyền con người trong quản lý tư pháp*, Nxb Công An nhân dân, tr.186.



## NGƯỜI GIÁM ĐỊNH, NGƯỜI YÊU CẦU GIÁM ĐỊNH VÀ THỦ TỤC GIÁM ĐỊNH TRONG TỔ TỤNG DÂN SỰ<sup>1</sup>

Nguyễn Minh Hằng<sup>2</sup>

Lê Thị Hiền<sup>3</sup>

**Tóm tắt:** Luật giám định tư pháp năm 2012 có hiệu lực từ ngày 01/01/2013 là cơ sở pháp lý quan trọng cho các hoạt động giám định trong tố tụng, trong đó có tố tụng dân sự. Những vấn đề chưa được quy định trong Bộ luật tố tụng dân sự (BLTTDS) hoặc được quy định trong BLTTDS nhưng Luật giám định tư pháp có quy định khác thì ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành có liên quan. Luật giám định tư pháp đã có nhiều sửa đổi giải quyết những bất cập, thiếu sót của Pháp lệnh giám định tư pháp trước đây. Đặc biệt nổi bật đó là đương sự có quyền tự mình yêu cầu giám định tư pháp. Từ quy định của Luật giám định Tư pháp đến những sửa đổi, bổ sung của BLTTDS năm 2015, bài viết trao đổi về quy định người giám định tư pháp, người yêu cầu giám định và hoạt động giám định nhằm đề xuất sửa đổi, hoàn thiện pháp luật và hướng dẫn thi hành pháp luật về nội dung này.

**Từ khóa:** Người giám định tư pháp, người yêu cầu giám định, hoạt động giám định, Bộ luật tố tụng dân sự, Luật giám định tư pháp.

Nhận bài: 27/03/2020; Hoàn thành biên tập: 03/04/2020; Duyệt đăng: 15/04/2020.

**Abstract:** The Law on Judicial Expertise 2012, came into effect on January 1, 2013, is an important legal basis for expertising activities in legal proceedings including civil proceedings. The Law on Judicial Expertise shall govern issues which have not been governed by the Civil Procedure Code (CPC) or stipulated in the CPC but contrary to the Law on judicial expertise. The Law on Judicial Expertise have been amended different times to solve inadequacies, shortcomings of the Ordinance on Judicial Expertise. The most remarkable point is that the litigants have rights to request for judicial expertise by themselves. Via regulations of the Law on Justice Expertise to amendments and supplements of the CPC in 2015, this article focuses on the judicial expertise performers, expertise requesters and expertising activities in order to propose amendments to finalize laws and guidances of legal enforcement on this matter.

**Keywords:** Judicial expertise performers, expertise requesters, expertising activities, Civil Procedure Code, the Law on Judicial expertise.

Date of receipt: 27/03/2020; Date of revision: 03/04/2020; Date of Approval: 15/04/2020.

### 1. Nội dung quy định pháp luật tố tụng dân sự về người giám định, người yêu cầu giám định và thủ tục giám định

Trong những năm gần đây, cùng với sự phát triển của xã hội, các tranh chấp cũng như các vi phạm trong các giao dịch dân sự cũng ngày càng lớn và phát triển phức tạp, từ đó làm

phát sinh nhu cầu giám định tư pháp, nhất là giám định gen trong tố tụng dân sự. Giám định tư pháp là việc người giám định tư pháp sử dụng kiến thức, phương pháp khoa học, kỹ thuật nghiệp vụ để kết luận về chuyên môn những vấn đề có liên quan đến hoạt động điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án hình sự, giải

<sup>1</sup> Nghiên cứu này được tài trợ bởi Quỹ phát triển khoa học và công nghệ quốc gia (Nafosted) trong đề tài mã số 500.01-2018.03.

<sup>2</sup> Phó Giáo sư, Tiến sỹ, Trưởng Khoa Đào tạo Luật sư, Học viện Tư pháp.

<sup>3</sup> Viện Pháp y Quốc gia, Học viên cao học lớp cao học Luật dân sự và tố tụng dân sự khóa QH 2018, Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.

quyết vụ việc dân sự, vụ án hành chính theo yêu cầu của cơ quan, người tiến hành tố tụng, người yêu cầu giám định. Vì vậy, công tác giám định tư pháp là một trong các hoạt động hỗ trợ tư pháp, xuất hiện và tồn tại do nhu cầu của hoạt động tố tụng, có ý nghĩa đặc biệt và không thể thiếu trong bất kỳ nền tư pháp nào.

Sự tương thích giữa hoạt động giám định và hoạt động tố tụng là một trong những tiêu chí để đánh giá, là yếu tố phản ánh trình độ phát triển hệ thống tư pháp của một quốc gia. Người giám định tư pháp bao gồm giám định viên tư pháp và người giám định tư pháp theo vụ việc<sup>4</sup>. Ngày 25/11/2015, BLTTDS năm 2015 được Quốc hội Khóa 13 thông qua theo Luật số 92/2015/QH13 có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/07/2016 với những sửa đổi cơ bản quy định về người giám định, người yêu cầu giám định, về thủ tục thu thập chứng cứ để đánh giá tính hợp pháp của kết luận giám định.

### **1.1. Nội dung quy định pháp luật tố tụng dân sự về người giám định**

Đối với nhiều vụ việc dân sự, để giải quyết chính xác, đúng đắn, khách quan trên cơ sở khoa học một số tình tiết nhất định, Tòa án cần phải dựa vào kết luận chuyên môn của các nhà chuyên môn. Trong những trường hợp này, việc tham gia tố tụng thực hiện quyền và nghĩa vụ của người giám định nhằm tìm ra sự thật khách quan của vụ án. Điều 79 BLTTDS năm 2015 quy định người giám định trong tố tụng dân sự là người có kiến thức chuyên môn, có kinh nghiệm cần thiết theo quy định của pháp luật về lĩnh vực có đối tượng cần giám định được Tòa án trưng cầu hoặc được đương sự yêu cầu tham gia tố tụng. Cũng giống như người làm chứng, người giám định tham gia tố tụng dân sự không phải để bảo vệ quyền, lợi ích của mình có trong vụ việc dân sự mà để hỗ trợ Tòa án, đương sự kết luận về những vấn đề chuyên môn, từ đó mới xác định được sự thật khách quan trong vụ, việc dân sự.

Điều 80 BLTTDS năm 2015 ghi nhận cụ thể về quyền và nghĩa vụ của người giám định. Theo đó, người giám định có quyền được đọc

tài liệu có trong hồ sơ vụ án liên quan đến đối tượng giám định; yêu cầu Tòa án cung cấp tài liệu cần thiết cho việc giám định; được đặt câu hỏi đối với người tham gia tố tụng về những vấn đề có liên quan đến đối tượng giám định. Đây là những quyền rất cơ bản của người giám định. Tuy nhiên, những quyền này mới chỉ được ghi nhận chung chung mà chưa có cơ chế pháp lý đầy đủ để góp phần bảo đảm cho các quyền đó được thực thi có hiệu quả trong quá trình tố tụng. Do vậy, để bảo đảm tính khả thi của điều luật, cơ quan có thẩm quyền cần có quy định cụ thể hơn về trách nhiệm của Tòa án trong việc tạo điều kiện thuận lợi và đáp ứng yêu cầu của người giám định; trách nhiệm của người tham gia tố tụng trong việc phải trả lời các câu hỏi của người giám định và đặc biệt là chế tài đối với các chủ thể này nếu cản trở người giám định thực thi quyền của mình.

Ngoài ra, người giám định còn có quyền được thanh toán các chi phí có liên quan theo quy định của pháp luật. Qua thực tế xét xử, việc thanh toán các chi phí có liên quan cho người giám định đang được áp dụng không thống nhất. Vì vậy, cơ quan có thẩm quyền cần có hướng dẫn cụ thể về chi phí hợp lý cho việc thực hiện giám định, chi phí hợp lý cho việc đi lại cũng như ngày công khi người giám định tham gia phiên tòa.

Về nguyên tắc, quyền luôn đi đôi với nghĩa vụ nên bên cạnh các quyền trên, người giám định cũng phải thực hiện các nghĩa vụ được quy định trong pháp luật TTDS. Một trong những nghĩa vụ của người giám định là phải có mặt theo giấy triệu tập của Tòa án. Để thuận lợi cho hoạt động của người giám định bảo vệ kết luận trước Tòa án và thực thi có hiệu quả quy định tại Khoản 3 Điều 102 BLTTDS năm 2015, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần có hướng dẫn cụ thể về trách nhiệm, nghĩa vụ cũng như chế tài khi vi phạm của người giám định trong trường hợp được thẩm phán chủ tọa phiên tòa triệu tập. Ngoài ra, trong các quy định của pháp luật hiện hành, nghĩa vụ trình bày, giải thích, trả lời những vấn

<sup>4</sup> Khoản 5 Điều 2 Luật giám định tư pháp năm 2012.



đề liên quan đến việc giám định và kết luận giám định một cách trung thực, có căn cứ, khách quan cũng chưa được quy định rõ ràng. Cụ thể là điều luật này chưa quy định rõ người giám định phải trả lời về vấn đề liên quan đến giám định cho ai? Cho Tòa án hay cho đương sự hay là cho cả hai chủ thể này và xác định trách nhiệm pháp lý của người giám định khi có những sai sót do lỗi chủ quan trong hoạt động nghề nghiệp.

Một nghĩa vụ khác của người giám định cũng gặp phải một số khó khăn trong thực tiễn áp dụng. Trường hợp người giám định khi được Tòa án yêu cầu giám định mà không thể giám định được thì họ phải thông báo bằng văn bản cho Tòa án về việc không thể giám định được do việc cần giám định vượt quá khả năng chuyên môn, tài liệu cung cấp phục vụ cho việc giám định không đủ hoặc không sử dụng được. Vấn đề là, như thế nào là vượt quá khả năng chuyên môn hiện không có hướng dẫn cụ thể. Quy định này có thể bị người giám định lợi dụng khi họ không muốn giám định, họ có thể lấy lý do việc giám định đó vượt quá khả năng chuyên môn hay tài liệu cung cấp phục vụ cho việc giám định không đủ, không sử dụng được. Điều này sẽ gây khó khăn cho Tòa án trong việc xác định các yếu tố vượt quá hay không vượt quá khả năng chuyên môn của người giám định? Tài liệu như thế nào để nhận định về việc cung cấp đủ hay không đủ?

Ngoài ra, để bảo đảm việc giải quyết vụ án được chính xác, khách quan, người giám định không được tự mình thu thập tài liệu để tiến hành giám định, tiếp xúc với người tham gia tố tụng khác nếu việc tiếp xúc đó làm ảnh hưởng đến kết quả giám định; không được tiết lộ bí mật thông tin mà mình biết khi tiến hành giám định hoặc thông báo kết quả giám định cho người khác, trừ thẩm phán quyết định trưng cầu giám định.

### **1.2. Nội dung quy định pháp luật tố tụng dân sự về người yêu cầu giám định**

“Người yêu cầu giám định” là khái niệm mới, được Luật giám định tư pháp quy định. Theo đó, người yêu cầu giám định tư pháp là

người có quyền tự mình yêu cầu giám định sau khi đã đề nghị cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng trưng cầu giám định mà không được chấp nhận.

Người có quyền tự mình yêu cầu giám định bao gồm: đương sự trong vụ việc dân sự, vụ án hành chính, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trong vụ án hình sự hoặc người đại diện hợp pháp của họ, trừ trường hợp việc yêu cầu giám định liên quan đến việc xác định trách nhiệm hình sự của bị can, bị cáo.

Quy định về người yêu cầu giám định tiếp tục được ghi nhận trong Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 tại Khoản 1 Điều 102. Theo đó, đương sự có quyền yêu cầu Tòa án trưng cầu giám định hoặc tự mình yêu cầu giám định sau khi đã đề nghị Tòa án trưng cầu giám định nhưng Tòa án từ chối yêu cầu của đương sự. Quyền tự yêu cầu giám định được thực hiện trước khi Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử theo thủ tục sơ thẩm, quyết định mở phiên họp giải quyết việc dân sự.

Theo yêu cầu của đương sự hoặc khi xét thấy cần thiết, thẩm phán ra quyết định trưng cầu giám định. Trong quyết định trưng cầu giám định phải ghi rõ tên, địa chỉ của người giám định, đối tượng cần giám định, vấn đề cần giám định, các yêu cầu cụ thể cần có kết luận của người giám định.

Trường hợp xét thấy kết luận giám định chưa đầy đủ, rõ ràng hoặc có vi phạm pháp luật thì theo yêu cầu của đương sự hoặc khi xét thấy cần thiết, Tòa án yêu cầu người giám định giải thích kết luận giám định, triệu tập người giám định đến phiên tòa, phiên họp để trực tiếp trình bày về các nội dung cần thiết.

Theo yêu cầu của đương sự hoặc khi xét thấy cần thiết, Tòa án ra quyết định trưng cầu giám định bổ sung trong trường hợp nội dung kết luận giám định chưa rõ, chưa đầy đủ hoặc khi phát sinh vấn đề mới liên quan đến tình tiết của vụ việc đã được kết luận giám định trước đó.

Việc giám định lại được thực hiện trong trường hợp có căn cứ cho rằng kết luận giám

định lần đầu không chính xác, có vi phạm pháp luật hoặc trong trường hợp đặc biệt theo quyết định của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao theo quy định của Luật giám định tư pháp<sup>5</sup>.

Điều 102 của BLTTDS năm 2015 đã có sự sửa đổi, bổ sung căn bản so với các quy định của pháp luật TTDS trước đây. Ngay từ tên gọi của điều này đã được sửa đổi từ “Trung cầu giám định” sang “Trung cầu giám định, yêu cầu giám định” đã cho thấy có sự xuất hiện thêm chủ thể mới có quyền yêu cầu giám định bên cạnh chủ thể có quyền trung cầu giám định. Trung cầu giám định là việc Tòa án, Viện kiểm sát ra quyết định trung cầu giám định. Yêu cầu giám định là đương sự yêu cầu cơ quan tổ chức tiến hành hoạt động giám định theo quy định của Luật giám định tư pháp. Nhưng điều kiện để đương sự thực hiện quyền tự yêu cầu giám định trong vụ việc dân sự là Tòa án thụ lý vụ án từ chối trung cầu giám định và thời hạn thực hiện quyền phải là trước khi Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm (*trong thời gian chuẩn bị đưa vụ án ra xét xử theo quy định tại Khoản 1 Điều 203 BLTTDS năm 2015*). So sánh với pháp luật tố tụng hình sự, đương sự trong vụ việc dân sự, vụ án hành chính đã được mở rộng quyền yêu cầu giám định hơn bị can, bị cáo hoặc người đại diện hợp pháp của họ trong vụ án hình sự vì chỉ có cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng mới có quyền trung cầu giám định còn họ thì không có quyền yêu cầu giám định.

Khoản 2 Điều 102 BLTTDS năm 2015 về “trung cầu giám định, yêu cầu giám định” quy định “*Theo yêu cầu của đương sự hoặc khi xét thấy cần thiết, thẩm phán ra quyết định trung cầu giám định. Trong quyết định trung cầu giám định phải ghi rõ tên, địa chỉ của người giám định, đối tượng cần giám định, vấn đề cần giám định, các yêu cầu cụ thể cần có kết luận của người giám định*”. Điều luật này đã mở rộng quyền cho thẩm phán được tự mình ra quyết định trung cầu giám định nếu xét thấy cần thiết mà không phụ thuộc vào sự lựa chọn

của các bên đương sự hoặc theo yêu cầu của một hoặc các bên đương sự như quy định trong pháp luật TTDS trước đây.

Ngoài ra, theo quy định của Khoản 4 và Khoản 5 Điều 102 BLTTDS năm 2015, các chủ thể còn có quyền trung cầu, yêu cầu giám định bổ sung, giám định lại. Người trung cầu giám định tự mình hoặc theo đề nghị của người yêu cầu giám định quyết định việc trung cầu giám định lại. Trường hợp người trung cầu giám định không chấp nhận yêu cầu giám định lại thì phải thông báo cho người yêu cầu giám định bằng văn bản và nêu rõ lý do. Tại Khoản 1 Điều 29 Luật giám định tư pháp năm 2012 ghi nhận việc giám định bổ sung được thực hiện trong trường hợp nội dung kết luận giám định chưa rõ, chưa đầy đủ hoặc khi phát sinh vấn đề mới liên quan đến tình tiết của vụ việc đã được kết luận giám định trước đó. Trung cầu, yêu cầu giám định bổ sung được thực hiện như giám định lần đầu. Giám định lại được thực hiện trong trường hợp có căn cứ cho rằng kết luận giám định lần đầu không chính xác hoặc trong trường hợp đặc biệt, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao quyết định việc giám định lại sau khi đã có kết luận của Hội đồng giám định.

Quy định về người yêu cầu giám định là bước tiến có tính chất đột phá xuất phát từ yêu cầu cần tạo điều kiện thiết thực để cá nhân có công cụ thu thập tài liệu cung cấp chứng cứ chứng minh bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình, nhất là các trường hợp yêu cầu cơ quan tiến hành tố tụng trung cầu giám định nhưng không được đáp ứng mà bản thân họ vẫn muốn có thêm kết luận giám định khác. Quy định này thể hiện quan điểm của Đảng, Nhà nước ta về dân chủ hóa hoạt động tố tụng làm cho các cơ quan tư pháp phải thật sự là chỗ dựa của nhân dân trong việc bảo vệ công lý, quyền con người, đồng thời phải là công cụ hữu hiệu bảo vệ pháp luật và pháp chế xã hội chủ nghĩa, đấu tranh có hiệu quả với các loại tội phạm và vi phạm; nghiên cứu thực hiện và phát triển các loại hình dịch vụ từ phía nhà nước để tạo điều

<sup>5</sup> Điều 105 BLTTDS năm 2015.



kiện cho các đương sự chủ động thu thập chứng cứ chứng minh, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Tuy nhiên, cơ chế để đương sự thực hiện quyền yêu cầu giám định và nghĩa vụ cung cấp mẫu giám định nhất là mẫu giám định do đương sự đối lập giữ và các mẫu giám định liên quan đến quyền nhân thân trong vụ án cần kết luận giám định về gen ADN hiện nay vẫn còn rất nhiều vướng mắc. Hiện nay BLTTDS năm 2015 chưa có Nghị quyết hướng dẫn phần chứng cứ và chứng minh, vì vậy trong thời gian tới khi sửa đổi Nghị quyết số 04/NQ-HĐTP ngày 3/12/2012 hướng dẫn thi hành một số quy định về chứng cứ và chứng minh của BLTTDS đã được sửa đổi, bổ sung nội dung này cần quy định cụ thể để triển khai điều luật mang tính khả thi trong thực tiễn.

#### ***Nội dung quy định pháp luật về thủ tục yêu cầu giám định***

Hoạt động giám định trong tố tụng dân sự có thể tiến hành trong các trường hợp sau: các đương sự thỏa thuận lựa chọn biện pháp giám định và yêu cầu Tòa án ra quyết định trưng cầu giám định; một trong các bên đương sự yêu cầu Tòa án trưng cầu giám định; trong trường hợp Tòa án từ chối trưng cầu giám định thì đương sự có quyền tự mình yêu cầu giám định.

Theo sự thỏa thuận của các bên đương sự hoặc theo yêu cầu của một hoặc các bên đương sự, thẩm phán ra quyết định trưng cầu giám định. Sự thỏa thuận lựa chọn hoặc yêu cầu Tòa án trưng cầu giám định phải được thể hiện bằng văn bản, có thể làm bằng văn bản riêng, có thể ghi trong bản khai, có thể ghi trong biên bản ghi lời khai, biên bản đối chất... Thẩm phán căn cứ vào quy định của BLTTDS, Luật giám định tư pháp năm 2012 để tiến hành trưng cầu giám định.

Trong trường hợp Tòa án từ chối trưng cầu giám định thì đương sự có quyền tự mình yêu cầu giám định. Người yêu cầu giám định phải gửi văn bản yêu cầu giám định kèm theo đối tượng giám định, các tài liệu, đồ vật có liên quan (nếu có) và bản sao giấy tờ chứng minh mình là đương sự trong vụ việc dân sự. Việc

giao nhận hồ sơ, đối tượng trưng cầu, yêu cầu giám định được giao, nhận trực tiếp hoặc gửi cho cá nhân, tổ chức thực hiện giám định qua đường bưu chính. Yêu cầu giám định phải được lập thành văn bản và chỉ được thực hiện trước khi Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử. Văn bản yêu cầu giám định phải có các nội dung chính sau đây: Tên tổ chức hoặc họ tên người yêu cầu giám định; nội dung yêu cầu giám định; tên và đặc điểm của đối tượng giám định; ngày tháng năm yêu cầu giám định và thời hạn trả kết luận giám định; chữ ký, họ tên người yêu cầu giám định.

Kèm theo văn bản yêu cầu giám định phải có: đối tượng giám định, các tài liệu, đồ vật liên quan và các giấy tờ chứng minh mình là một trong những người có quyền yêu cầu giám định như: bản sao giấy tờ chứng minh mình là đương sự trong vụ việc dân sự, vụ án hành chính, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trong vụ án hình sự hoặc là người đại diện hợp pháp của những người này - Khoản 1 Điều 26 Luật giám định tư pháp năm 2012.

Như vậy, theo quy định trên, người yêu cầu giám định phải xuất trình được “*giấy tờ chứng minh mình là đương sự trong vụ việc dân sự*” thì yêu cầu giám định của họ mới được chấp nhận. Điều này sẽ hạn chế được tình trạng việc trưng cầu giám định để phục vụ các mục đích ngoài tố tụng hoặc các đương sự cùng tiến hành giám định dẫn đến lãng phí, mất thời gian và không đảm bảo quá trình giải quyết vụ việc dân sự.

#### **2. Một số vấn đề trao đổi liên quan đến nội dung pháp luật tố tụng dân sự về người giám định, người yêu cầu giám định và thủ tục giám định**

Vấn đề đặt ra, nếu đương sự cho rằng kết luận giám định mà Tòa án trưng cầu giám định chưa rõ ràng, chưa đầy đủ và đề nghị Tòa án trưng cầu giám định bổ sung, nhưng bị từ chối thì đương sự đó có quyền tự mình yêu cầu giám định bổ sung không? Hoặc sau khi có kết luận giám định bổ sung hoặc giám định lại mà các kết quả của những lần giám định đó là khác

nhau, thậm chí là trái ngược nhau thì Tòa án sử dụng kết quả giám định nào (kết quả giám định lần đầu hay kết quả giám định lại) để làm căn cứ giải quyết. Đề đánh giá chính xác, Tòa án phải trưng cầu ý kiến chuyên gia để xem xét tính khoa học của từng quá trình giám định và kết luận giám định. Thậm chí, phải triệu tập giám định viên trực tiếp giải trình về trình tự giám định, phương pháp giám định và kết quả giám định. Nếu cần thiết, có thể triệu tập cả hai giám định viên có kết luận khác nhau để họ cùng trình bày, tranh luận khoa học với nhau về phương pháp giám định, kết luận giám định của mình thì mới có cơ sở đánh giá đúng đắn, khách quan. Tuy nhiên, theo quy định tại Khoản 5 Điều 102 BLTTDS năm 2015, việc giám định lại được thực hiện trong những trường hợp có căn cứ cho rằng kết luận giám định lần đầu không chính xác, có vi phạm pháp luật. Vậy, nếu đương sự đưa ra được lý do để chứng minh kết luận giám định lại cũng không chính xác, thì Tòa án có chấp nhận cho họ có quyền yêu cầu giám định tại một tổ chức giám định độc lập khác không? Đây cũng là vấn đề đặt ra từ thực tiễn mà hiện BLTTDS năm 2015 chưa có quy định cụ thể.

Chúng tôi cho rằng, về bản chất, kết luận giám định trong tố tụng dân sự là một nguồn chứng cứ, Tòa án xem xét, đánh giá và sử dụng để làm sáng tỏ các tình tiết của vụ án. Nên việc có giám định lại hay không hoàn toàn thuộc thẩm quyền của Tòa án quyết định trong trường hợp cần thiết. Đương sự có quyền đề nghị, nhưng việc quyết định trưng cầu giám định lại thuộc thẩm quyền của Tòa án. Trường hợp người yêu cầu giám định không nhất trí với kết luận giám định thì có quyền đề nghị hoặc khiếu nại theo quy định của pháp luật tố tụng.

Qua thực tiễn xét xử trong các vụ án có liên quan đến việc xác định huyết thống như xác định cha, mẹ, con, kết luận giám định được xác định là căn cứ mấu chốt và quyết định để chứng minh cho yêu cầu hoặc không chấp nhận yêu cầu của đương sự. Tuy nhiên, trong nhiều vụ án, khi nguyên đơn yêu cầu trưng cầu giám định ADN, Tòa án ban hành quyết định trưng

cầu giám định. Bị đơn (người bị kiện đề xác định là cha hoặc mẹ đứa trẻ...) đã từ chối không chấp nhận đi giám định ADN. Vấn đề đặt ra là, yêu cầu này theo quy định của pháp luật dân sự thuộc về nhóm quyền nhân thân – quyền của cá nhân đối với giá trị nhân thân được pháp luật ghi nhận vào bảo vệ thì Tòa án hoặc cơ quan chuyên môn không thể lấy mẫu xét nghiệm (máu, tóc...) từ cơ thể người bị yêu cầu để xét nghiệm nếu người bị yêu cầu không tự nguyện và không đồng ý. Đây chính là quy định mâu thuẫn giữa các quyền dân sự, đặc biệt là quyền nhân thân và quyền tố tụng mà việc giải quyết vụ án không hề đơn giản. Thực trạng này dẫn đến ở nhiều vụ án xác định cha, mẹ, con thiếu cơ sở khoa học cũng như cơ sở pháp lý để giải quyết khi không có kết quả giám định gen. Thực tiễn xét xử tồn tại một số quan điểm tiếp cận giải quyết khác nhau khi đương sự phía đối lập không cung cấp mẫu giám định:

(i) *Quan điểm áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời.* Trong trường hợp không có chứng cứ nào khác ngoài việc cần xét nghiệm ADN để xác định cha mẹ cho con, theo yêu cầu của đương sự thì Tòa án căn cứ Điều 111 “quyền yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời”, Điều 114 “các biện pháp khẩn cấp tạm thời”, Điều 127 “cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định” BLTTDS năm 2015. Cụ thể, Tòa án có thể ban hành quyết định áp dụng biện pháp buộc người được xác định là cha, mẹ, con cung cấp mẫu thử để xét nghiệm ADN theo quy định. Cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định được áp dụng nếu trong quá trình giải quyết vụ án có căn cứ cho thấy đương sự thực hiện hoặc không thực hiện một hoặc một số hành vi nhất định làm ảnh hưởng đến việc giải quyết vụ án, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác có liên quan trong vụ án. Sau khi có quyết định của Tòa án về áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, cơ quan thi hành án tiến hành thu thập mẫu thử xét nghiệm ADN trên nguyên tắc thương lượng, đàm phán vì đối tượng áp dụng trong trường hợp này là con người. Nếu người được xác định không đồng ý thì không được cưỡng chế thi hành. Nếu cưỡng



chế là vi phạm quyền bất khả xâm phạm về thân thể được quy định tại Khoản 1, Điều 33 “Quyền sống, quyền được bảo đảm an toàn về tính mạng, sức khỏe, thân thể” Bộ luật dân sự năm 2015. Tuy nhiên, cũng có biện pháp nếu họ không chấp hành quyết định đã có hiệu lực pháp luật thì tùy tính chất và mức độ để xem xét xử phạt hành chính (Điều 52, Nghị định số 110/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 quy định xử phạt hành chính trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp, hành chính tư pháp, hôn nhân và gia đình, thi hành án dân sự, phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã) hoặc khởi tố, điều tra, xét xử theo quy định của pháp luật hình sự.

(ii) *Yêu cầu cá nhân, cơ quan tổ chức cung cấp chứng cứ.* Theo nguyên tắc chung, đương sự có quyền, nghĩa vụ cung cấp chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu của mình bao gồm cả yêu cầu giám định và nghĩa vụ cung cấp mẫu giám định. Nhưng không phải lúc nào đương sự cũng có đủ các chứng cứ mà rất nhiều trường hợp chứng cứ đó lại do cá nhân, cơ quan, tổ chức khác nắm giữ, nếu đương sự không cung cấp được các chứng cứ này thì quyền khởi kiện cũng như các quyền tố tụng khác không được đảm bảo. BLTTDS năm 2015 đã quy định cơ chế hỗ trợ đương sự tại Điều 106 “Yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu chứng cứ”. Theo đó, cá nhân, cơ quan, tổ chức phải có nghĩa vụ cung cấp tài liệu, chứng cứ đó khi có yêu cầu của đương sự và đương sự cũng được dành quyền yêu cầu Tòa án buộc cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu chứng cứ nếu họ không cung cấp cho đương sự. Để đảm bảo quyền này của đương sự, pháp luật tố tụng dân sự quy định nếu từ chối không cung cấp mà không có lý do chính đáng thì có thể bị xử lý theo quy định của pháp luật.

Chúng tôi đồng thuận với quan điểm tiếp cận về yêu cầu cá nhân, cơ quan, tổ chức cung cấp mẫu giám định chứ không phải là áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Trên thực tế, với

nhiều vụ việc dân sự khi khởi kiện, người khởi kiện không nắm giữ chứng cứ và đã có yêu cầu cơ quan nắm giữ chứng cứ cung cấp để phục vụ cho việc khởi kiện của mình, nhưng vì nhiều lý do mà việc thu thập chứng cứ của họ bị kéo dài do không nhận được trả lời từ phía được yêu cầu. Để giải quyết hiện trạng này, trước hết cần sự thiện chí cung cấp tài liệu, chứng cứ của cá nhân, cơ quan, tổ chức có thẩm quyền. Các cơ quan Nhà nước có nhiệm vụ thực hiện quản lý nhà nước, một trong những công việc chủ yếu của các cơ quan này là lưu trữ các loại văn bản hành chính trong quản lý nhà nước và dịch vụ công. Cơ quan, tổ chức, các nhân có trách nhiệm cung cấp chứng cứ cho Tòa án, Viện kiểm sát nhân dân, đương sự những tài liệu họ đang lưu giữ, quản lý khi có yêu cầu. Việc cung cấp chứng cứ phải trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn quản lý của chủ thể này. Vấn đề vướng mắc xuất phát từ thực tế khi đương sự yêu cầu cá nhân, cơ quan, tổ chức đang lưu giữ chứng cứ cung cấp chứng cứ nhưng ở rất nhiều vụ việc, đương sự yêu cầu nhưng không được đáp ứng hoặc cá nhân, cơ quan, tổ chức được yêu cầu cung cấp không cung cấp đúng thời hạn, phổ biến xảy ra các trường hợp sau:

- Cơ quan, tổ chức, cá nhân có thể từ chối cung cấp chứng cứ khi có yêu cầu nếu không thuộc phạm vi, nhiệm vụ, quyền hạn quản lý của mình;

- BLTTDS năm 2015 mới chỉ ghi nhận chế tài xử lý trong trường hợp cơ quan, tổ chức cá nhân từ chối yêu cầu của Tòa án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân<sup>6</sup>, mà không quy định chế tài khi từ chối yêu cầu của đương sự.

- Khi cơ quan, tổ chức, các nhân không muốn cung cấp chứng cứ họ chỉ cần gửi văn bản trả lời vì lý do nào đó theo chủ quan của họ. Do đó, việc có cung cấp chứng cứ hay không thực tế áp dụng phụ thuộc khá nhiều vào ý thức trách nhiệm của cá nhân, tổ chức đang lưu giữ chứng cứ.

<sup>6</sup> Điều 489 “về xử lý hành vi cản trở hoạt động xác minh, thu thập chứng cứ của người tiến hành tố tụng”, Điều 495 “về xử lý hành vi không thi hành quyết định của Tòa án về việc cung cấp tài liệu, chứng cứ của Tòa án hoặc đưa tin sai sự thật nhằm cản trở việc giải quyết vụ án của Tòa án” BLTTDS năm 2015.

Bên cạnh đó, theo quy định của Luật giám định tư pháp năm 2012, khi tiến hành giám định cần phải lấy mẫu so sánh kèm theo đối tượng giám định. Vậy hoạt động lấy mẫu giám định cần phải tiến hành như thế nào để đạt được sự chính xác, khách quan và điều kiện nào để kết luận giám định do đương sự tự yêu cầu được thẩm phán công nhận. Nếu một người được yêu cầu cung cấp mẫu giám định nhưng họ phản đối, không cung cấp thì Tòa án, người yêu cầu hoặc người giám định có được áp dụng các biện pháp cưỡng chế để lấy mẫu hay không? Hoặc không biết bằng cách nào mà họ có được mẫu kể cả việc lén lút lấy mẫu để tiến hành giám định và bên kia cũng thừa nhận đó là mẫu của mình. Kết quả giám định cuối cùng cho thấy mẫu giám định và đối tượng giám định là giống nhau, nhưng liệu rằng kết quả này có được Tòa án chấp nhận? Do Luật giám định tư pháp vẫn chưa có quy định nào liên quan đến việc lấy mẫu giám định, điều này

có thể ảnh hưởng đến kết quả giám định. Bên cạnh đó, quy định sửa đổi bổ sung về trưng cầu giám định, yêu cầu giám định của BLTTDS năm 2015 cũng bỏ ngỏ quy định này nên vẫn không có cơ sở để sử dụng kết luận giám định do đương sự tự cung cấp mẫu. Mặt khác về thủ tục trưng cầu giám định ADN cần lấy mẫu giám định ra sao khi người đó đã chết? Ai trực tiếp thu mẫu thì chưa có văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hướng dẫn. Chúng tôi cho rằng, trong thời gian tới, khi Tòa án nhân dân tối cao ban hành Nghị quyết hướng dẫn thay thế Nghị quyết số 04/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 hướng dẫn thi hành một số quy định về “chứng cứ và chứng minh” trong Bộ luật tố tụng dân sự thì những vấn đề trên cần được đặt ra và hướng dẫn cụ thể để tháo gỡ những khó khăn vướng mắc trong khi thực thi quy định của pháp luật tố tụng dân sự về trưng cầu giám định, yêu cầu giám định và hoạt động giám định tư pháp./.

## **TÒA ÁN THỰC THI CÔNG LÝ THÔNG QUA VIỆC BẢO ĐẢM QUYỀN TỔ TỤNG DÂN SỰ CỦA ĐƯƠNG SỰ**

(Tiếp theo trang 7)

**Thứ hai**, đã hoặc đang có một vụ kiện khác giữa thẩm phán hoặc vợ, chồng thẩm phán với một trong các bên đương sự hoặc với vợ hay chồng của một trong các bên đương sự.

**Thứ ba**, nếu giữa thẩm phán hay vợ, chồng của thẩm phán có mối oán thù rõ ràng mà mọi người đều biết.

- *Bổ sung chế tài đối với Tòa án khi từ chối thụ lý vụ án với lý do chưa có điều luật áp dụng.*

Điều 19 Luật bồi thường Nhà nước năm 2017 quy định chi tiết các trường hợp Nhà nước có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra trong tố tụng dân sự. Tuy nhiên, dưới góc độ bảo đảm quyền tố tụng của đương sự, Nhà nước không chỉ có trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong trường hợp liên quan đến áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời; thêm, bắt, đánh tráo, hủy hoại tài liệu chứng cứ làm sai lệch hồ sơ vụ án; ra bản án, quyết định trái pháp luật mà cả

trong trường hợp khi Tòa án từ chối thụ lý vụ án với lý do chưa có điều luật áp dụng dẫn đến thiệt hại cho đương sự. Tuy nhiên, Luật bồi thường Nhà nước năm 2017 vẫn chưa đặt ra trách nhiệm bồi thường thiệt hại của Tòa án trong trường hợp Tòa án khi từ chối thụ lý vụ án với lý do chưa có điều luật áp dụng dẫn đến thiệt hại. Vì vậy, thiết nghĩ pháp luật nên quy định đương sự có quyền yêu cầu bồi thường nếu thủ tục tố tụng tại Tòa án kéo dài quá lâu hoặc không thụ lý vụ án. Bồi thường bao gồm bồi thường các thiệt hại vật chất phát sinh và cả thiệt hại phi vật chất nếu các hình thức bồi thường khác vẫn chưa đền bù tương xứng trong từng trường hợp đơn lẻ. Theo đó, tính hợp lý của thời gian tố tụng được bồi thường phải dựa trên các tình huống cụ thể của vụ việc, đặc biệt tầm quan trọng bị đe dọa trong vụ án bởi thời gian Tòa án không thụ lý vụ án kéo dài./.



## KHÁI NIỆM QUYỀN ĐỐI VỚI BẤT ĐỘNG SẢN LIÊN KÈ VÀ VƯỚNG MẮC TỪ THỰC TIỄN GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP QUYỀN VỀ LỐI ĐI QUA

Nguyễn Thị Hạnh<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Quyền đối với bất động sản liền kề là một chế định pháp luật quan trọng của pháp luật dân sự; được quy định trong Bộ luật dân sự (BLDS) năm 1995, BLDS năm 2005 và tiếp tục được kế thừa, phát triển trong BLDS năm 2015. BLDS năm 2015 đã sửa đổi, bổ sung các quy định về quyền đối với bất động sản liền kề, tạo cơ sở pháp lý cho các chủ sở hữu của bất động sản hưởng quyền thực hiện quyền, nghĩa vụ của mình khi sử dụng bất động sản liền kề; tạo điều kiện thuận lợi để chủ sở hữu có thể khai thác hiệu quả tối đa công dụng của tài sản. Tuy nhiên, từ thực tiễn giải quyết tranh chấp về quyền đối với bất động sản liền kề cho thấy vẫn còn có khó khăn, vướng mắc; thiếu thống nhất. Trong đó, một loại tranh chấp chiếm tỷ lệ lớn trong các tranh chấp về quyền đối với bất động sản liền kề là tranh chấp quyền về lối đi qua. Bài viết trao đổi về khái niệm quyền đối với bất động sản liền kề và vướng mắc từ thực tiễn giải quyết tranh chấp quyền về lối đi qua, đề xuất các giải pháp nhằm góp phần tháo gỡ các vướng mắc nêu trên.

**Từ khóa:** Bất động sản liền kề, tranh chấp, Bộ luật dân sự.

Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 20/03/2020; Duyệt đăng: 15/04/2020.

**Abstract:** The right to adjacent real estates is an important legal institution of the civil law which is regulated in the Civil Code in 1995, the Civil Code in 2005 and inherited, developed in the Civil Code 2015. The Civil Code in 2015 has amended, supplemented regulations on the right to adjacent real estates, creating legal ground for owners of real estates to exercise their rights and interests in using adjacent real estates to create favorable condition for owners of real estates to be able to take full use of properties. However, from settlement of disputes over the right to adjacent real estates, it shows that there are difficulties, obstacles and inconsistency in settlement of disputes over the adjacent real estates including disputes over passageway which have the highest rate. The above article exchanges views over concept of the right to adjacent real estates and obstacles from reality of settling disputes over the right to passageway as well as proposes solutions to tackle above mentioned obstacles.

**Keywords:** Adjacent real estates, disputes, the Civil Code.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 20/03/2020; Date of Approval: 15/04/2020.

Quyền đối với bất động sản liền kề là vật quyền được xác lập đối với tài sản là bất động sản thuộc sở hữu hoặc quyền sử dụng của chủ thể khác. Đây là một chế định pháp luật được ghi nhận từ rất sớm. Từ thời La Mã cổ đại, quyền này đã được giải thích, quy định khá cụ thể. Theo đó, quyền địa dịch (quyền đối với bất động sản liền kề) là một loại đặc biệt của quyền sở hữu hạn chế, là quyền được sử dụng hạn chế bất động sản thuộc sở hữu của người khác, nhưng đặt trong sự tôn trọng quyền của chủ sở hữu. Đó là quyền có lối đi qua bất động sản của

chủ sở hữu khác, quyền được đặt ống dẫn nước, thoát nước, quyền được sử dụng lối dẫn thoát nước trong canh tác để phục vụ tưới tiêu... Quy định của pháp luật về quyền đối với bất động sản liền kề tạo cơ sở pháp lý và những điều kiện thuận lợi để chủ sở hữu có thể khai thác hiệu quả tối đa công dụng của tài sản. Giống pháp luật của nhiều nước trên thế giới, pháp luật dân sự Việt Nam đã quy định quyền đối với bất động sản liền kề. Trong các bộ dân luật cũ của Việt Nam trước đây, quyền này được ghi nhận và được gọi là “quyền địa dịch”

<sup>1</sup> Thạc sỹ, Khoa Đào tạo chung nguồn Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư - Học viện Tư pháp.

hoặc là dịch quyền. Quyền đối với bất động sản liền kề được quy định trong BLDS năm 1995, BLDS năm 2005 và tiếp tục được kế thừa, phát triển trong BLDS năm 2015.

### **1. Khái niệm quyền đối với bất động sản liền kề**

BLDS năm 1995, BLDS năm 2005 không sử dụng thuật ngữ “*quyền đối với bất động sản liền kề*” mà sử dụng thuật ngữ “*Quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề*”. Đồng thời hai Bộ luật dân sự này cũng không đưa ra định nghĩa thế nào là quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề mà chỉ quy định theo hướng liệt kê các quyền. Cụ thể, theo quy định của BLDS năm 1995, BLDS năm 2005: “*Chủ sở hữu nhà, người sử dụng đất có quyền sử dụng bất động sản liền kề thuộc sở hữu của người khác để đảm bảo các nhu cầu của mình về lối đi, cấp thoát nước, cấp khí ga, đường dây tải điện, thông tin liên lạc và các nhu cầu cần thiết khác một cách hợp lý, nhưng phải đền bù, nếu không có thỏa thuận khác*”<sup>2</sup>. Theo quan điểm của chúng tôi, với phương pháp liệt kê các quyền như trên là chưa đầy đủ và không mang tính khái quát. Nhằm tạo cơ sở pháp lý đầy đủ, thuận lợi hơn cho việc khai thác, sử dụng một cách hiệu quả các tài sản, nguồn tài nguyên thiên nhiên khác và tạo điều kiện cho các chủ thể không phải là chủ sở hữu thực hiện quyền đối với tài sản thuộc sở hữu của chủ thể khác, BLDS năm 2015 đã sửa đổi, bổ sung quy định về quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề trong BLDS năm 2005. Đặc biệt định nghĩa quyền đối với bất động sản liền kề đã được quy định trong BLDS năm 2015. Theo đó, “*Quyền đối với bất động sản liền kề là quyền được thực hiện trên một bất động sản (gọi là bất động sản chịu hưởng quyền) nhằm phục vụ cho việc khai thác một bất động sản khác thuộc quyền sở hữu của người khác (gọi là bất động sản hưởng quyền)*”<sup>3</sup>. Định nghĩa quyền đối với bất động sản liền kề đã dựa trên bản chất của sự việc, hiện tượng, ngắn gọn, súc tích nhưng lại có tính khái quát cao. Điều này có ý nghĩa quan

trọng là tiền đề và cơ sở cho các quy định khác cụ thể về quyền đối với bất động sản liền kề trong BLDS năm 2015. Từ định nghĩa về quyền đối với bất động sản liền kề trong BLDS năm 2015 cho thấy có hai điều kiện bắt buộc để làm phát sinh quyền này: (i) phải sự tồn tại của ít nhất 2 bất động sản; (ii) việc khai thác một bất động sản bắt buộc phải thực hiện trên bất động sản còn lại mới thực hiện được quyền khai thác đó.

Như vậy, so sánh quy định của BLDS năm 2005 và BLDS năm 2015 cho thấy có sự khác biệt về tư duy lập pháp. Việc sử dụng bất động sản liền kề theo quy định của BLDS năm 2005 bắt buộc “*phải đền bù*” (trừ trường hợp 2 bên thỏa thuận khác). Điều này cho thấy BLDS năm 2005 đã tiếp cận theo góc độ của chủ thể có bất động sản chịu hưởng quyền để nhìn nhận vấn đề. Và theo cách nhìn này, việc cho người khác thực hiện quyền trên bất động sản của mình dẫn đến ít nhiều có một sự thiệt hại nhất định do đó để đảm bảo sự công bằng bắt buộc phải có yếu tố đền bù. Khác với BLDS năm 2005, nội dung định nghĩa về quyền đối với bất động sản liền kề trong BLDS năm 2015 không đề cập đến vấn đề “*phải đền bù*” của chủ thể chịu hưởng quyền. Chỉ riêng đối với quy định quyền về lối đi qua, chủ sở hữu bất động sản hưởng quyền về lối đi qua mới phải đền bù cho chủ sở hữu bất động sản chịu hưởng quyền (trừ trường hợp có thỏa thuận khác). Đây là sự thay đổi về tư duy cho thấy nhà làm luật trong xây dựng BLDS năm 2015 đã tiếp cận theo góc độ của chủ thể có bất động sản hưởng quyền từ đó xác định việc thực hiện trên bất động sản được hưởng quyền là đương nhiên, việc này không gây ra thiệt hại gì cho chủ thể chịu hưởng quyền do đó không đặt ra vấn đề đền bù. Với cách tiếp cận này, BLDS năm 2015 đã kế thừa cách giải thích thuật ngữ của các nhà làm luật La Mã, phát triển các quy định của BLDS năm 2005, do đó đã xây dựng định nghĩa quyền đối với bất động sản liền kề một cách cụ thể, rõ ràng và hợp lý hơn. Từ đó,

<sup>2</sup> Điều 278 BLDS năm 1995, Điều 273 BLDS năm 2005.

<sup>3</sup> Điều 245 BLDS năm 2015.



nội dung các điều luật trong BLDS năm 2015 quy định quyền đối với bất động sản liền kề theo cách tiếp cận điều chỉnh mối quan hệ giữa hai bất động sản. Như vậy, quyền đối với bất động sản là các quyền của một chủ thể, không phải là chủ sở hữu đối với bất động sản, nhưng họ được phép thực hiện một, một số các quyền (theo địa thể tự nhiên, theo quy định của pháp luật, theo thoả thuận, hoặc theo di chúc) trên các bất động sản liền kề, thuộc quyền sở hữu của người khác.

Nghiên cứu các quy định của BLDS năm 2015, quyền đối với bất động sản liền kề có thể khái quát bao gồm các loại quyền như sau: (i) Quyền về cấp, thoát nước; (ii) Quyền về lối đi qua; (iii) Quyền mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc qua bất động sản khác. Theo quy định của BLDS năm 2015 các quyền này có những đặc điểm sau:

*Một là*, quyền đối với bất động sản liền kề phải gắn liền với hai loại bất động sản: một bất động sản hưởng quyền và một bất động sản chịu hưởng quyền. Bất động sản hưởng quyền là bất động sản có những hạn chế, khó khăn cho chủ sở hữu trong việc sử dụng, do đó phải cần đến sự “*tạo điều kiện*” của bất động sản chịu hưởng quyền.

*Hai là*, quyền đối với bất động sản liền kề gắn với bất động sản, không phải gắn với chủ sở hữu bất động sản. Vì vậy, khi bất động sản thay đổi chủ sở hữu thông qua các giao dịch dân sự thì chủ sở hữu mới sẽ là người được hưởng các quyền đó và chủ sở hữu cũ cũng chấm dứt quyền.

*Ba là*, quyền đối với bất động sản liền kề không có giá trị kinh tế, không hướng đến việc khai thác giá trị của bất động sản đó cho mục đích lợi nhuận. Quyền này được xác lập với mục đích là tạo điều kiện cho sinh hoạt bình thường của chủ sở hữu bất động sản hưởng quyền chứ không phải là để người đó kiếm lợi từ quyền của mình với bất động sản liền kề. Song chủ sở hữu bất động sản hưởng quyền cũng sẽ có những lợi ích nhất định, ví dụ một thửa đất là sản xuất nông sản được hưởng quyền về lối đi qua bất động sản bên cạnh để

cho xe chở hàng nông sản có thể ra vào. Công ty, hộ gia đình thu được lợi nhuận từ việc sản xuất nông sản nhưng đây là lợi ích gián tiếp, không phải lợi nhuận trực tiếp phát sinh từ việc họ được hưởng quyền từ lối đi qua đó.

## **2. Vương mắc từ thực tiễn giải quyết tranh chấp quyền về lối đi qua**

Trong những năm gần đây, tranh chấp quyền về lối đi qua ngày một tăng. Mặc dù BLDS năm 2015 đã có sự sửa đổi, bổ sung, tạo cơ sở pháp lý cho các chủ sở hữu của bất động sản hưởng quyền thực hiện quyền, nghĩa vụ của mình khi sử dụng bất động sản liền kề của chủ sở hữu khác. Tuy nhiên, từ thực tiễn giải quyết tranh chấp về quyền đối với bất động sản liền kề cho thấy vẫn còn có khó khăn, vướng mắc trong nhận thức, áp dụng pháp luật; thu thập, đánh giá chứng cứ; thiếu vắng các quy định cụ thể của pháp luật. Điều này đặt ra yêu cầu nghiên cứu tìm ra các giải pháp tháo gỡ nhằm mục tiêu giải quyết các tranh chấp về quyền đối với bất động sản liền kề đúng đắn, công bằng, đảm bảo quyền lợi hợp pháp của các bên tranh chấp.

*Một là, áp dụng pháp luật về quyền đối với bất động sản liền kề.*

Quyền đối với bất động sản liền kề, quyền về lối đi qua đã được quy định tương đối cụ thể trong BLDS năm 2015. Song thực tế cho thấy, vẫn còn có luật sư, thẩm phán, kiểm sát viên nhận thức và áp dụng pháp luật trong tham gia giải quyết, giải quyết tranh chấp quyền về lối đi qua còn chưa đúng dẫn đến việc thiếu thống nhất trong kết quả giải quyết đối với trường hợp nguyên đơn khởi kiện yêu cầu mở lối đi khi bất động sản của nguyên đơn bị vây bọc nhưng để mở được lối đi ra đường công cộng, không phải chỉ đi qua bất động sản liền kề của bị đơn mà còn phải đi qua các bất động sản khác. Xin được nêu hai vụ án minh họa cho nhận trên ủa chúng tôi.

*Vụ án thứ nhất:* Cụ S có phần đất diện tích 1.527m<sup>2</sup>, thửa đất số 7, tờ bản đồ số 27; diện tích 1.514m<sup>2</sup>, thửa đất số 6, tờ bản đồ số 27, tọa lạc tại ấp A, xã T, huyện C nằm giáp ranh với thửa đất của bà L. Thửa đất của bà L giáp

thửa đất của bà M. Từ các thửa đất của cụ S để đi ra đường công cộng phải đi qua phần đất của bà L, bà M. Diện tích đất của cụ S giáp đất của bà L, diện tích đất của bà M giáp đất của bà L. Trước đây, gia đình cụ S sử dụng đường đi có chiều ngang 1.5m, chiều dài hết đất của bà L, bà M để đi ra đường công cộng. Năm 2017, gia đình bà M làm hàng rào chắn lối đi làm cho gia đình cụ S không đi ra được đường công cộng vì lối đi qua đất bà L, bà M là lối đi duy nhất của gia đình cụ S để đi ra đường công cộng. Cụ S khởi kiện yêu cầu bà M mở một lối đi ngang 1,5m, dài 10,08m, theo sơ đồ đo đạc thực tế, diện tích 15.2m<sup>2</sup>, nằm trong thửa đất của bà M cho gia đình của cụ làm lối đi ra đường công cộng. Cụ S đồng ý đền bù giá trị phần đất mở lối đi và giá trị bê tông trên lối đi cho bà M theo giá thị trường. Bà M không đồng ý yêu cầu của cụ S.

Quá trình giải quyết vụ án, luật sư bảo vệ quyền lợi cho bà M đã đưa ra quan điểm lập luận cho rằng thửa đất của bà M không liền kề với đất của cụ S nên căn cứ các quy định của BLDS năm 2015 về quyền đối với bất động sản liền kề, bà M không có nghĩa vụ phải mở lối đi cho cụ S. Kết quả giải quyết vụ án, Tòa án đã quyết định chấp nhận yêu cầu của cụ S buộc bà M phải mở lối đi ngang 1.5m, dài 10.08m, (theo sơ đồ đo đạc), diện tích 15.2m<sup>2</sup>, nằm trong diện tích đất của bà M nêu trên cho hộ của cụ S làm lối đi ra đường công cộng.

Từ việc giải quyết vụ án trên, câu hỏi được đặt ra là, quan điểm áp dụng pháp luật quyền về lối đi qua của luật sư bảo vệ cho bà M có đúng pháp luật không khi cho rằng bất động sản của bà M không liền kề với bất động sản của cụ S? Theo quan điểm của chúng tôi, phán quyết của Tòa án cho phép cụ S được mở lối đi qua diện tích đất của bà M là hoàn toàn đúng với nội dung các quy định của BLDS năm 2015 về quyền đối với bất động sản liền kề, quyền về lối đi qua. Thực tế bất động sản của cụ S bị vây bọc không có lối đi ra đường công cộng. Nếu cho rằng bất động sản của bà M không liền kề với bất động sản của cụ S từ đó không chấp nhận yêu cầu mở lối đi của cụ S qua bất động

sản của bà M thì rõ ràng là bất động sản của cụ S không thể sử dụng được do không có lối đi ra đường công cộng. Trong khi đó pháp luật dân sự có quy định bảo đảm quyền được mở lối đi của bất động sản bị vây bọc.

*Vụ án thứ hai:* Thửa đất của anh T nằm ở phía ngoài và giáp đường công cộng, đất của ông C nằm phía trong và cách đất anh T một con mương. Trước đây anh T cho ông C đi qua đất của anh để ra đường công cộng nhưng sau đó anh T không cho ông C tiếp tục đi. Ông C đã khởi kiện yêu cầu anh T mở lối đi. Kết quả giải quyết vụ án theo quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm chấp nhận yêu cầu khởi kiện của ông C buộc anh T mở lối đi cho ông C. Tuy nhiên, Tòa án cấp phúc thẩm đã quyết định ngược lại, không chấp nhận yêu cầu của ông C với căn cứ cho rằng đất ông C và đất anh T không liền kề nhau do còn cách nhau một con mương, nên anh T không có nghĩa vụ mở lối đi cho ông C. Như vậy, giải quyết một vụ án nhưng Tòa án các cấp có phán quyết với kết quả trái ngược nhau. Theo quan điểm của chúng tôi, quyết định của Tòa án cấp phúc thẩm không đúng với các quy định của pháp luật dân sự về quyền mở lối đi qua. Như vậy, quyền có lối đi của anh T không được bảo đảm và cũng giống như vụ án thứ nhất bất động sản của anh T không thể sử dụng được.

Nguyên nhân của việc đưa ra quan điểm, kết quả giải quyết không chính xác, không đúng pháp luật của luật sư bảo vệ quyền lợi cho bà M trong vụ án thứ nhất, thẩm phán Tòa án cấp phúc thẩm trong giải quyết vụ án thứ hai chúng tôi cho rằng bắt nguồn từ việc đã nhận thức, áp dụng pháp luật về quyền đối với bất động sản liền kề không chính xác cũng như còn thiếu vắng trong quy định của BLDS năm 2015 về định nghĩa như thế nào là bất động sản liền kề. Chúng tôi cho rằng, mặc dù BLDS năm 2015 không có định nghĩa về bất động sản liền kề song đã có định nghĩa chung về quyền đối với bất động sản liền kề là “*quyền được thực hiện trên một bất động sản (gọi là bất động sản chịu hưởng quyền) nhằm phục vụ cho việc khai thác một bất động sản khác thuộc quyền sở*



hữu của người khác (gọi là bất động sản hưởng quyền)”. BLDS năm 2015 đã quy định rất rõ ràng là bất động sản hưởng quyền, không phải là bất động sản liền kề. Mặt khác, BLDS năm 2015 cũng chỉ quy định về quyền về lối đi qua, không quy định quyền về lối đi qua bất động sản liền kề. Theo đó “*Chủ sở hữu có bất động sản bị vây bọc bởi các bất động sản của các chủ sở hữu khác mà không có hoặc không đủ lối đi ra đường công cộng, có quyền yêu cầu chủ sở hữu bất động sản vây bọc dành cho mình một lối đi hợp lý trên phần đất của họ*”<sup>4</sup>. Theo nội dung điều luật trên cho thấy BLDS năm 2015 sử dụng thuật ngữ “*bị vây bọc bởi các bất động sản của các chủ sở hữu khác*”, không sử dụng thuật ngữ “*bị vây bọc bởi các bất động sản liền kề của các chủ sở hữu khác*”.

Với cách hiểu và áp dụng không đúng nội dung quy định của BLDS năm 2015 về quyền đối với bất động sản liền kề, quyền về lối đi qua, luật sư bảo vệ quyền lợi cho bà M, thẩm phán Tòa án cấp phúc thẩm trong giải quyết vụ án thứ hai đã hiểu yếu tố liền kề một cách máy móc, rập khuôn, theo đó “*liền kề*” được hiểu là bất động sản có chung ranh giới, tiếp giáp nhau về ranh giới. Trên thực tế, trong quá trình khai thác, sử dụng bất động sản bị vây bọc không chỉ cần đến sự phiền lụy của bất động sản có chung ranh giới mà còn có cả những bất động sản khác. Đó là những bất động sản tiếp nối với bất động sản liền kề. Ví dụ, một bất động sản bị vây bọc có thể đi ra đường công cộng cần phải có một lối đi. Lối đi này có thể không chỉ đi xuyên qua một mà còn có thể qua nhiều bất động sản của nhiều chủ sở hữu khác nhau. Bởi vì, từ bất động sản bị vây bọc để có thể đi ra đến đường công cộng nhất thiết phải đi qua những bất động sản này. Trong khi đó, bất động sản bị vây bọc chỉ giáp ranh với một hoặc hai bất động sản. Điều này không chỉ áp dụng đối với quyền về lối đi qua mà còn áp dụng đối với các quyền khác. Nghĩa là, sẽ có những bất động sản không liền kề, nhưng vẫn phải hạn chế quyền

để tạo lập lối đi; lối cấp, thoát nước; quyền mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc và các quyền khác. Nếu quyền về lối đi qua; lối cấp, thoát nước; quyền mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc và quyền khác chỉ được áp dụng trên bất động sản liền kề thì sẽ dẫn đến không thể mở được lối đi ra đường công cộng, không thể cấp thoát nước, mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc...

Do đó, từ nội dung định nghĩa về quyền đối với bất động sản liền kề cho thấy cần thống nhất cách hiểu “*bất động sản chịu hưởng quyền*” là ngoài bất động sản liền kề và những bất động sản xung quanh khác phục vụ cho bất động sản hưởng quyền. Tuy nhiên, theo quan điểm của chúng tôi, để bảo đảm sự thống nhất, đúng đắn trong việc nhận thức, áp dụng pháp luật, giải quyết tranh chấp về quyền đối với bất động sản liền kề cần có hướng dẫn, giải thích của Tòa án nhân dân tối cao bằng hình thức công văn hoặc án lệ.

*Hai là, về thu thập, sử dụng chứng cứ.*

Nghiên cứu thực tiễn giải quyết vụ án dân sự nói chung, vụ án tranh chấp về quyền đối với bất động sản liền kề nói riêng cho thấy có nhiều sai sót trong thu thập, sử dụng chứng cứ. BLDS năm 2015 quy định: “*Chủ sở hữu bất động sản hưởng quyền về lối đi qua phải đền bù cho chủ sở hữu bất động sản chịu hưởng quyền, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*”<sup>5</sup>. Như vậy, theo nội dung tinh thần điều luật trên để giải quyết vấn đề đền bù nếu các bên tranh chấp không thỏa thuận được giá đền bù phải có chứng cứ xác định giá của diện tích đất mở lối đi. Thực tiễn giải quyết vụ án tranh chấp về quyền mở lối đi qua cho thấy có những sai sót, thiếu thống nhất trong việc thu thập, sử dụng chứng cứ xác định giá đền bù. Chúng tôi xin nêu một ví dụ minh họa.

Trước năm 1996, các hộ gia đình nguyên đơn bà Đậu Thị Nén, bà Phan Thị Y, bà Lại Thị H, ông Nguyễn Văn T, bà Đào Thị N, ông Võ Xuân P, bà Trần Thị L có sử dụng một con đường đi chung ở phía dưới giáp đập thủy điện

<sup>4</sup> Điều 254 BLDS năm 2015.

<sup>5</sup> Khoản 1 Điều 254 BLDS năm 2015.

tại xóm 1, thôn 5 xã K, huyện Đ, tỉnh T. Sau khi Nhà nước đắp đập thủy điện thì việc đi lại trên con đường này gặp nhiều khó khăn, bất tiện và không an toàn. Do đó năm 1996 các hộ dân cùng nhau thống nhất bỏ con đường cũ, di dời lên con đường mới cách đường cũ 100m và đi qua diện tích đất của ông Nguyễn Hữu P và được sự đồng ý của ông P. Con đường mới hiện nay là lối đi chung duy nhất cho các hộ dân trên. Các hộ dân sử dụng con đường ổn định từ năm 1996 đến năm 2015 thì ông P có hành vi cản trở, không cho các hộ dân phía trong đi qua phân đường nằm trong diện tích đất của ông P đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Hành vi của ông P đã cản trở cho việc đi lại và sinh hoạt hàng ngày của các hộ dân vì đây là lối đi duy nhất của các hộ dân trong khu vực. Do vậy, các nguyên đơn khởi kiện ông P cư trú tại thôn 6, xã K, huyện Đ, tỉnh T yêu cầu Tòa án giải quyết buộc ông P phải mở lối đi cũ con đường đất và chấm dứt hành vi cản trở việc đi lại của các hộ dân. Các nguyên đơn đồng ý trả giá trị quyền sử dụng đất theo giá Nhà nước quy định là 150.000 đồng/m<sup>2</sup>.

Ông P thừa nhận việc ông đồng ý cho các hộ mở lối đi nhờ qua phần đất của ông như đồng nguyên đơn trình bày. Tuy nhiên, hiện nay các hộ dân nơi đây đã kê bờ, ngăn dòng chảy nên nước mưa tràn vào đất rẫy của gia đình ông gây sỏi mòn, làm ảnh hưởng đến cây trồng trên đất của ông. Do vậy ông không cho các hộ dân đi lại trên đoạn đường qua phần đất của ông nữa. Ông không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của các nguyên đơn. Vị trí con đường hiện hữu các hộ dân đang sử dụng đi lại là nằm trên phần diện tích đất của ông đã được Nhà nước cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số H 007386, số thửa 43, Tờ bản đồ số 13, với diện tích 9.860m<sup>2</sup>, cấp năm 1996. Trường hợp các nguyên đơn muốn mở lối đi qua đất của ông, ông đồng ý nhưng phải mua diện tích đất làm lối đi theo giá thị trường là 500.000 đồng/m<sup>2</sup>.

Giải quyết vụ án trên, Tòa án cấp sơ thẩm đã không tiến hành định giá diện tích đất các

nguyên đơn tranh chấp yêu cầu mở lối đi mà sử dụng chứng cứ là giá bồi thường đất khi thu hồi đất của Nhà nước là 150.000 đồng/m<sup>2</sup> để xác định giá trị đền bù diện tích đất mở lối đi các nguyên đơn phải thanh toán trả bị đơn.

Chúng tôi cho rằng, việc sử dụng giá bồi thường đất khi Nhà nước thu hồi đất của Tòa án cấp sơ thẩm để xác định giá trị đền bù trong việc giải quyết vụ án nêu trên là không chính xác, không bảo đảm quyền lợi của bị đơn trong vụ án. Khi các bên đương sự tranh chấp về giá đền bù, Tòa án phải áp dụng biện pháp thu thập chứng cứ định giá tài sản quy định tại Điều 104 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 (BLTTDS) và sử dụng kết quả về giá được Hội đồng định giá xác định trong biên bản định giá tài sản làm cơ sở giải quyết vấn đề đền bù. Xác định giá trị đền bù trong giải quyết tranh chấp về quyền lối đi qua trong thời gian cho thấy có sự thiếu thống nhất trong thực tiễn. Có Tòa án áp dụng biện pháp định giá diện tích đất làm lối đi và buộc chủ bất động sản hưởng quyền trả cho chủ bất động sản chịu hưởng quyền số tiền theo kết quả định giá. Song có Tòa án lại buộc chủ bất động sản hưởng quyền bồi thường thêm số tiền nào đó nhằm bù đắp quyền lợi bị thiệt hại của chủ bất động sản chịu hưởng quyền trong khi đương sự không tự nguyện bồi thường thêm. Hoặc có Tòa án không tiến hành áp dụng biện pháp định giá mà sử dụng giá bồi thường đất khi Nhà nước thu hồi đất hoặc giá đất theo khung giá do ủy ban nhân dân tỉnh ra quyết định ban hành để giải quyết vấn đề đền bù. Nguyên nhân của việc thu thập, sử dụng chứng cứ thiếu thống nhất trong việc xác định giá trị đền bù từ thực tiễn giải quyết tranh chấp quyền về lối đi qua của Tòa án chúng tôi cho rằng xuất phát từ việc chưa nghiên cứu, nhận thức chưa đầy đủ các nội dung hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao về xác định giá quyền sử dụng đất khi giải quyết các vụ án dân sự.

Nghiên cứu về vấn đề giá đền bù trong giải quyết tranh chấp quyền về lối đi qua chúng tôi thấy có quan điểm cho rằng cách tính “đền bù” như hiện nay chưa có văn bản hướng dẫn cụ



thể nên thực tiễn gặp vướng mắc vấn đề này<sup>6</sup>. Quan điểm này chúng tôi cho rằng không đúng với hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao. Từ năm 2001, Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành văn bản hướng dẫn về việc xác định giá quyền sử dụng đất và định giá nhà, theo đó “*Khi giải quyết các vụ án hình sự, dân sự, kinh tế có liên quan đến việc xác định giá quyền sử dụng đất, thì Toà án chấp nhận giá do các bên đương sự thoả thuận với nhau, nếu sự thoả thuận đó không trái với nguyên tắc quy định tại Điều 7 Bộ luật dân sự.*”

*Trong trường hợp các bên đương sự không thoả thuận được với nhau, thì giá quyền sử dụng đất được xác định theo giá thực tế chuyển nhượng tại địa phương nơi có đất đang tranh chấp đối với từng loại đất vào thời điểm xét xử sơ thẩm...”. (Cần lưu ý “Giá thực tế chuyển nhượng tại địa phương” là giá thị trường chuyển nhượng quyền sử dụng đất tại địa phương)<sup>7</sup>. Do đó, trong trường hợp các bên tranh chấp không thoả thuận được về giá, xác định giá đền bù quyền sử dụng đất mở lối đi trong giải quyết vụ án tranh chấp về quyền mở lối đi nói riêng, giá tài sản tranh chấp trong giải quyết vụ án dân sự nói chung Tòa án phải áp dụng trưng tự nội dung hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao. Xác định giá đền bù quyền sử dụng đất theo giá thị trường tại thời điểm xét xử sơ thẩm, Tòa án phải áp dụng biện pháp thu thập chứng cứ định giá tài sản theo quy định của BLTTDS.*

*Ba là, vướng mắc do quy định của pháp luật thiếu cụ thể.*

Thực tiễn tham gia giải quyết tranh chấp về quyền đối với bất động sản cho thấy còn có vướng mắc bất cập từ việc thiếu các quy định cụ thể của pháp luật dân sự trong việc xác định thể nào là “*lối đi thuận tiện và hợp lý*” trong quy định về quyền lối đi qua. Xin nêu ví dụ minh họa: bà Trần Kim L và các con là Nguyễn

Huỳnh K, Nguyễn Bá K được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất tách ở thửa 1561 diện tích 1603m<sup>2</sup>, thửa 1569 diện tích 1.000m<sup>2</sup>, thửa 1568 diện tích 1.000m<sup>2</sup>, thửa 1567 diện tích 1.000m<sup>2</sup>. Diện tích đất này bà và các con sử dụng canh tác trồng mía bán cho nhà máy đường X theo hợp đồng với nhà máy. Các thửa đất này liền kề và tiếp giáp phía sau một phần thửa 175 của ông Nguyễn Văn D, không có lối đi ra đường quốc lộ. Thửa đất của ông D giáp đường quốc lộ. Bà L khởi kiện yêu cầu mở lối đi từ quốc lộ 61B đến thửa 1561 rộng 3m, dài cạnh phải 26.3m, dài cạnh trái 27.55m, bà và các con bà đồng ý thanh toán giá trị quyền sử dụng đất cho ông D.

Phía bị đơn ông Nguyễn Văn D trình bày: từ trước đến nay gia đình bà L, xe ô tô chở mía của gia đình bà L đi nhờ qua đất của ông ra đường quốc lộ, ông không đồng ý với yêu cầu của nguyên đơn về việc mở lối đi chiều rộng 3m mà chỉ đồng ý mở lối đi cho gia đình bà L có chiều rộng 1.5m.

Ý kiến của Luật sư bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của bị đơn: yêu cầu của nguyên đơn về lối đi chung không phù hợp Điều 167 Luật đất đai năm 2013, bên bị đơn ông D đồng ý yêu cầu của nguyên đơn về mở lối đi ra đường quốc lộ nhưng không đồng ý mở lối đi có chiều rộng 3m, mà chỉ đồng ý mở lối đi có chiều rộng 1.5m vì việc mở lối đi có chiều rộng 3m sẽ làm thiệt hại việc sử dụng đất của ông D. Trường hợp bà L không đồng ý với các phương án này, đề nghị Hội đồng xét xử không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Nguyên đơn bà L trình bày đề nghị Tòa án chấp nhận yêu cầu mở lối đi chiều rộng 3m với lý do để xe ô tô tải nhỏ đi vào được vận chuyển mía, sản phẩm nông nghiệp của nguyên đơn ra đường quốc lộ.

Kết quả giải quyết vụ án, bản án sơ thẩm đã nhận định: xét hiện trạng sử dụng đất của nguyên đơn và những người có quyền lợi,

<sup>6</sup> Lý Văn Toán, *Quyền về lối đi qua bất động sản liền kề theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015* (<https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/quyen-ve-loi-di-qua-bat-dong-san-lien-ke-theo-quy-dinh-cua-bo-luat-dan-su-2015>).

<sup>7</sup> Công văn số 109/2001/KHXX 04/09/2001 của Tòa án nhân dân tối cao “về việc xác định giá quyền sử dụng đất và định giá nhà”

nghĩa vụ liên quan thực tế không có lối đi ra đường quốc lộ công cộng, yêu cầu mở lối đi của nguyên đơn là phù hợp quy định tại Điều 254 BLDS, vì vậy, các nguyên đơn được hưởng quyền về lối đi qua đất thửa 175. Tuy nhiên, việc mở lối đi phải đảm bảo sự thuận tiện và hợp lý nhất, thiệt hại gây ra là ít nhất; trường hợp mở lối đi chiều rộng 3m dẫn đến gây thiệt hại diện tích đất cho ông D, do đó chỉ chấp nhận một phần yêu cầu của nguyên đơn, nguyên đơn và người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan được quyền mở lối đi ra đường quốc lộ có chiều rộng 1.5m...

Như vậy, theo kết quả giải quyết của Tòa án cấp sơ thẩm trong vụ án trên, bà L và những người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan chỉ được quyền mở lối đi có chiều rộng 1.5m. Thực tế, lối đi này chỉ thuận tiện cho việc đi lại thông thường, không thuận tiện cho hoạt động sản xuất, kinh doanh.

Nguyên nhân dẫn đến kết quả giải quyết vụ án của Tòa án sơ thẩm như trên là do xuất phát từ quy định của BLDS năm 2015 còn thiếu cụ thể, chưa có quy định phân biệt việc mở lối đi phục vụ việc đi lại sinh hoạt thông thường và phục vụ hoạt động sản xuất kinh doanh. Điều 254 BLDS năm 2015 quy định việc mở lối đi sao cho thuận tiện và hợp lý nhất. Tuy nhiên, cho đến nay chưa có bất cứ văn bản nào hướng dẫn tiêu chí xác định giới hạn diện tích của lối đi được coi là thuận tiện và hợp lý; về giới hạn chiều dài, chiều rộng, chiều cao bảo đảm thuận tiện cho việc đi lại và ít gây phiền hà cho các bên. Do đó, khi các bên đương sự tranh chấp về vấn đề này dẫn đến thẩm phán hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác sẽ dựa vào ý chí chủ quan để xác định, có những trường hợp làm ảnh hưởng rất lớn đến quyền sở hữu của các bên. Thực tế cho thấy, mở lối đi qua cho bất động sản bị vây bọc để sử dụng cho nhu cầu sinh hoạt, đi lại thì lối đi thường có thể chỉ cần đủ cho con người và xe máy đi vào. Nhưng nếu mở lối đi cho bất động sản bị vây bọc là cơ sở sản xuất, kinh doanh thì phải đủ chiều rộng cho xe ô tô cũng như các phương tiện vận tải hàng hóa khác ra

vào. BLDS năm 2015 cũng chỉ quy định về quyền lối đi qua, không có quy định cụ thể lối đi qua phục vụ việc đi lại sinh hoạt thông thường hay phục vụ hoạt động sản xuất kinh doanh nên trên thực tế đã có những tranh chấp mà chủ sở hữu bất động sản bị vây bọc muốn khai thác công năng sử dụng bất động sản của mình để phục vụ cho hoạt động sản xuất kinh doanh, thương mại, dịch vụ như trong vụ án nêu trên nhưng không thể thỏa thuận với các chủ sở hữu bất động sản chịu hưởng quyền để mở một lối đi rộng hơn. Hiện nay, các điều kiện kinh tế – xã hội đã có nhiều thay đổi cho nên việc quy định quyền có lối đi qua cho các cơ sở sản xuất, kinh doanh là điều cần thiết, nhất là các vùng đất mới khai hoang, phục hóa, kinh tế trang trại phát triển đáng kể, vượt bậc so với trước đây. Vì vậy cần phải quy định bổ sung quyền về lối đi qua cho chủ sở hữu bất động sản bị vây bọc phải bảo đảm cả các nhu cầu sản xuất, kinh doanh. Điều này cũng góp phần thúc đẩy sự phát triển của kinh tế.

Giải quyết tranh chấp lối đi qua bảo đảm sự thống nhất trong thực tiễn và quyền lợi ích hợp pháp của các bên tranh chấp, chúng tôi cho rằng pháp luật dân sự cần có hướng dẫn hoặc Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành hướng dẫn, án lệ xác định rõ tiêu chuẩn cụ thể về mức tối thiểu và mức tối đa của diện tích lối đi cho việc khai thác công năng sinh hoạt đi lại theo nghĩa thông thường và lối đi dành cho mục đích kinh doanh thương mại sao cho đảm bảo nhu cầu sử dụng của bên có bất động sản hưởng quyền và không gây phiền hà, bất lợi cho bên có bất động sản chịu hưởng quyền.

Trên đây là một số đánh giá về vướng mắc trong thực tiễn tham gia, giải quyết tranh chấp quyền đối với bất động sản liền kề cũng như nguyên nhân dẫn đến các vướng mắc đó. Từ đó chúng tôi cũng nêu ra các giải pháp nhằm góp phần tháo gỡ các vướng mắc, hoàn thiện pháp luật dân sự về quyền đối với bất động sản liền kề nhằm bảo đảm giải quyết tranh chấp quyền đối với bất động sản liền kề đúng đắn, chính xác, công bằng./.



## GIẢI PHÁP THU HÚT NGƯỜI NƯỚC NGOÀI ĐẦU TƯ VÀO BẤT ĐỘNG SẢN DU LỊCH TẠI VIỆT NAM

Đoàn Văn Bình<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Thị trường bất động sản du lịch tại Việt Nam đã hình thành và có bước phát triển mạnh mẽ trong những năm gần đây. Kinh nghiệm của nhiều quốc gia trên thế giới và trong khu vực cho thấy chính sách thông thoáng nhằm thu hút nguồn lực đầu tư từ các nhà đầu tư nước ngoài vào bất động sản du lịch là giải pháp quan trọng giúp thị trường phát triển nhanh và bền vững. Bài viết phân tích về tiềm năng của thị trường bất động sản du lịch Việt Nam, kinh nghiệm thu hút người nước ngoài đầu tư vào phân khúc thị trường này tại một số nước và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện chính sách, pháp luật nhằm thu hút người nước ngoài đầu tư vào bất động sản du lịch Việt Nam, tạo thêm động lực cho nền kinh tế Việt Nam phát triển nhanh, bền vững.

**Từ khóa:** Bất động sản du lịch, người nước ngoài, đầu tư, pháp luật.

Nhận bài: 09/04/2020; Hoàn thành biên tập: 10/04/2020; Duyệt đăng: 15/04/2020.

**Abstract:** Tourism real estate market in Vietnam has been being established and strongly developed in recent years. Experience from many countries around the world and in the region indicates that open policies to attract capital resources from foreigners in the tourism real estate market will always be important solution to motivate the market growth. This Article analyses the potential of the tourism real estate market of Vietnam, lessons learned from a number of countries, and proposes solutions to attract foreigners to invest into Vietnam's tourism real estate in order to generate more driving force for Vietnam's economy's fast and sustainable development.

**Key words:** Tourism real estate; Foreigners; Investment; Law.

Date of receipt: 09/04/2020; Date of revision: 10/04/2020; Date of Approval: 15/04/2020.

Xu hướng sở hữu bất động sản du lịch như là “ngôi nhà thứ hai” ngày càng mạnh mẽ trên thế giới và bắt đầu có những tín hiệu tích cực tại Việt Nam. Những lợi ích của “ngôi nhà thứ hai” được ghi nhận cả từ góc độ nghỉ dưỡng của cá nhân, gia đình và góc độ kinh tế bởi vừa có thể dùng làm nơi nghỉ dưỡng, hưu trí, vừa khai thác cho thuê và giúp chủ sở hữu tích lũy nguồn tài sản, gia tăng giá trị tài sản cùng với sự gia tăng giá trị của bất động sản. Tại Việt Nam, nhằm hiện thực hóa chiến lược phát triển du lịch - ngành kinh tế mũi nhọn của đất nước, lĩnh vực bất động sản du lịch (với các sản phẩm như căn hộ du lịch (condotel), biệt thự du lịch (resort villa) và các sản phẩm đa chức năng khác như nhà phố thương mại (shophouse)... - sản phẩm xây dựng trên đất thương mại dịch vụ tại các khu du lịch nghỉ dưỡng...) đã có sự tăng trưởng mạnh mẽ trong những năm gần đây. Để thị trường bất động sản du lịch phát

triển bền vững, sự tham gia của các nhà đầu tư nước ngoài trong đó có cá nhân người nước ngoài được coi là một trong những “đòn bẩy” quan trọng. Tuy nhiên, với những hạn chế của chính sách, pháp luật hiện tại, người nước ngoài chưa có cơ hội sở hữu “ngôi nhà thứ hai” là các bất động sản du lịch tại Việt Nam.

### 1. Tiềm năng của bất động sản du lịch Việt Nam

Ngày 22/01/2020, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định 147/QĐ-TTg về việc phê duyệt Chiến lược phát triển du lịch Việt Nam đến năm 2030. Theo đó, mục tiêu đến năm 2025, Việt Nam trở thành điểm đến hấp dẫn, phần đầu thuộc nhóm ba quốc gia dẫn đầu về phát triển du lịch trong khu vực Đông Nam Á và 50 quốc gia có năng lực cạnh tranh du lịch hàng đầu thế giới; đến năm 2030, du lịch thực sự là ngành kinh tế mũi nhọn và phát triển bền vững, Việt Nam trở thành điểm đến đặc biệt

<sup>1</sup> Thạc sỹ, Phó Chủ tịch Hiệp hội Bất động sản Việt Nam, Chủ tịch Tập đoàn CEO.

hấp dẫn, thuộc nhóm 30 quốc gia có năng lực cạnh tranh du lịch hàng đầu thế giới. Để hiện thực hóa chiến lược này, có rất nhiều việc phải làm mà một trong số đó là phát triển hạ tầng du lịch với các cơ sở lưu trú du lịch hiện đại, cập nhật các tiêu chuẩn của thế giới. Hơn lúc nào hết, Việt Nam đang hội tụ nhiều điều kiện thuận lợi cho sự phát triển của thị trường bất động sản du lịch mà điển hình là:

- *Vị trí địa lý thuận lợi, cảnh quan đẹp, giàu truyền thống văn hóa, ẩm thực đa dạng, hấp dẫn.* Việt Nam có vị trí địa lý đặc biệt, với diện tích 331.210km, tổng chiều dài trên 3000km bờ biển có tác động quan trọng trong xây dựng, phát triển kinh tế, củng cố an ninh quốc phòng. Việt Nam có vị trí trung tâm của ASEAN, một khu vực thị trường năng động có sự gia tăng của các tầng lớp dân cư thu nhập cao với tổng dân số trên 650 triệu người và tổng thu nhập quốc nội ước tính trên 3.100 tỉ USD trong năm 2019<sup>2</sup>. Việt Nam cũng là quốc gia láng giềng với Trung Quốc (thị trường lớn hàng tỷ dân với nhu cầu du lịch, nghỉ dưỡng ngày càng gia tăng) đồng thời dễ dàng kết nối với các nước Đông Bắc Á như Nhật Bản, Hàn Quốc – những đối tác hàng đầu về đầu tư, thương mại và du lịch của Việt Nam. Vị trí địa lý thuận lợi giúp Việt Nam kết nối với các nước trong khu vực và trên thế giới bằng cả đường sắt, đường bộ, đường biển và đường hàng không. Việt Nam cũng là quốc gia được ưu đãi với cảnh quan thiên nhiên đẹp, nhiều danh lam thắng cảnh nổi tiếng. Ngoài ra, truyền thống văn hóa lâu đời, hệ thống di sản văn hóa vật thể và phi vật thể phong phú, con người hiếu khách, ẩm thực cuốn hút là những điểm nhấn để lại ấn tượng sâu sắc đối với người nước ngoài đang làm ăn, sinh sống tại Việt Nam và du khách quốc tế khi tới Việt Nam.

- *Chính trị ổn định, an ninh tốt.* So với các nước trên thế giới, Việt Nam được đánh giá là một trong những nước có mức độ rủi ro về an toàn và an ninh thấp nhất trên thế giới. Với hệ thống chính trị ổn định và an ninh tốt, Việt Nam đã và đang là điểm đến an toàn thu hút các du khách, các nhà đầu tư nước ngoài vào Việt Nam. Những tháng đầu năm 2020, Việt Nam đã nhận được sự ghi nhận và đánh giá cao của dư luận quốc tế về hiệu quả của công cuộc phòng chống đại dịch Covid -19. Kết quả ấn tượng này thể hiện sự đồng tâm, nhất trí của toàn bộ hệ thống chính trị. Theo khảo sát, *so với các nơi trên thế giới, Việt Nam có tỉ lệ người dân tin tưởng vào các biện pháp ứng phó của Chính phủ với dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp Covid-19 cao nhất thế giới.*

- *Dân số trẻ, giá lao động cạnh tranh; tầng lớp trung lưu đang gia tăng nhanh chóng nên nhu cầu về sản phẩm, dịch vụ cao.* Theo kết quả tổng điều tra dân số và nhà ở năm 2019, tổng dân số của Việt Nam là 96,2 triệu người với khoảng trên 25 triệu hộ gia đình; gần 88% dân số trong độ tuổi từ 25 - 59 tham gia lực lượng lao động<sup>3</sup>. Việt Nam là quốc gia đông dân thứ ba trong khu vực Đông Nam Á và thứ 15 trên thế giới với tuổi thọ trung bình hơn 73 tuổi<sup>4</sup>. Với cơ cấu dân số vàng (cứ 1 người phụ thuộc thì có 2 người đi làm), Việt Nam có lực lượng lao động đông đảo, giá nhân công cạnh tranh so với các nước trong khu vực. Đây trở thành một trong những ưu thế của Việt Nam trong thu hút đầu tư nước ngoài. Theo đánh giá của ngân hàng thế giới, chỉ số vốn con người (HCI) của Việt Nam xếp thứ 48 trên 157 quốc gia và vùng lãnh thổ; đứng thứ hai ở ASEAN, chỉ sau Singapore; là quốc gia có chỉ số vốn con người cao nhất trong số các quốc gia có thu nhập trung bình<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Nguyễn Lan Anh, *Thời của các công ty công nghệ Đông Nam Á*, Tạp chí Forbes Việt Nam số 80, tháng 1.2020, <https://forbesvietnam.com.vn/tin-cap-nhat/thoi-cua-cac-cong-ty-cong-nghe-dong-nam-a-8732.html>

<sup>3</sup> Ngọc An, Việt Nam có trên 96 triệu người: dân số vàng nhưng tốc độ già hóa đang tăng nhanh, <https://tuoitre.vn/viet-nam-co-tren-96-trieu-nguoi-dan-so-vang-nhung-toc-do-gia-hoa-dang-tang-nhanh-2019121910014933.htm>

<sup>4</sup> Công bố kết quả Tổng điều tra dân số và nhà ở, <https://soha.vn/cong-bo-ket-qua-dieu-tra-dan-so-va-nha-o-nam-2019-20191219151822935.htm>

<sup>5</sup> Ngân hàng thế giới, Tổng quan về Việt Nam (cập nhật ngày 24/10/2019). <https://www.worldbank.org/vi/country/vietnam/overview>



Trong những năm gần đây, tầng lớp trung lưu ở Việt Nam có sự gia tăng đáng kể kéo theo đó là sự gia tăng nhu cầu hàng hóa, dịch vụ trong đó có nhu cầu du lịch, trải nghiệm. Theo thống kê của Tổng cục Du lịch, trong 05 năm từ năm 2014 đến năm 2018, lượng khách du lịch nội địa tăng gấp đôi từ 38,5 triệu lượt khách năm 2014 lên 80 triệu lượt khách năm 2018<sup>6</sup>; năm 2019, con số này là 85 triệu lượt<sup>7</sup>. Sự tăng trưởng ấn tượng của lượng khách du lịch nội địa là điểm tựa cho sự phát triển các dự án bất động sản du lịch để phục vụ nhu cầu ngày càng cao của du khách.

- *Triển vọng kinh tế Việt Nam trong trung hạn có nhiều điểm sáng.* Trong hàng chục năm qua, tăng trưởng GDP của Việt Nam luôn dao động từ 6% đến 7% thuộc nhóm cao nhất thế giới. Triển vọng kinh tế Việt Nam sẽ tiếp tục có những bước tiến đáng kể nhờ việc đẩy mạnh mở cửa, chủ động hội nhập kinh tế quốc tế, tích cực tham gia mạng lưới các Hiệp định thương mại tự do (FTA). Gần đây, Việt Nam đã tham gia 2 FTA thế hệ mới là Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) và FTA giữa Việt Nam và EU (EVFTA). Việc tham gia các FTA thế hệ mới mang tới cho Việt Nam nhiều cơ hội cả về chính trị, an ninh quốc gia, chiến lược đối ngoại và kinh tế. Đây được đánh giá “là cơ hội rất lớn để nâng tầm nền kinh tế Việt Nam trong 5 - 10 năm tới”<sup>8</sup>. Tham gia các FTA thế hệ mới cũng hỗ trợ cho tiến trình đổi mới mô hình tăng trưởng và cơ cấu lại nền kinh tế Việt Nam, gia tăng cơ hội việc làm, thu nhập và phát triển bền vững, bảo vệ môi trường. Những cơ hội từ các FTA thế hệ mới là điểm nhấn thu hút đầu tư nước ngoài vào Việt Nam trong thời gian tới, qua đó gia tăng nhu cầu sống và làm việc tại Việt Nam của người nước ngoài có tri thức, kinh nghiệm làm việc và năng lực tài chính.

- *Hệ thống cơ sở hạ tầng có sự phát triển mạnh, theo hướng đồng bộ và hiện đại*

Trong thời gian gần đây, hệ thống cơ sở hạ tầng của Việt Nam đã có sự phát triển mạnh mẽ tác động tích cực đến sự phát triển của thị trường bất động sản nói chung và bất động sản du lịch nói riêng. Hệ thống hạ tầng giao thông đường bộ được đầu tư theo hướng đồng bộ, hiện đại, tăng tính kết nối, đặc biệt hệ thống đường cao tốc Bắc – Nam kết nối thông suốt giữa 2 miền Nam Bắc. Hệ thống sân bay, cảng biển quốc tế với quy mô lớn đã được hoạch định, triển khai như sân bay Long Thành, cảng du thuyền quốc tế tại Quảng Ninh, Phú Quốc... Thị trường bất động sản du lịch đã chứng kiến sự phát triển sôi động tại các địa phương như Khánh Hòa, Phú Quốc, Quảng Ninh khi các sân bay Cam Ranh, Phú Quốc, Vân Đồn hoàn thành. Nhờ những chuyến bay thẳng nối liền điểm đến du lịch với các thành phố lớn trong nước, quốc tế, lượng du khách đặc biệt là khách quốc tế tăng vọt qua mỗi năm. Gần đây, việc đầu tư hạ tầng cho trường đua F1 tại Hà Nội để tổ chức chặng đua Formula 1 VinFast Vietnam Grand Prix (F1 Việt Nam) là hoạt động đặc biệt có ý nghĩa nhằm quảng bá du lịch Việt Nam tới thế giới. Đây là đột phá tạo điểm đến cho du lịch Việt Nam. Một điểm nhấn nữa về hạ tầng kỹ thuật cũng cần được nhắc tới là hạ tầng công nghệ thông tin. Hạ tầng viễn thông - Internet đang là bộ phận cho sự phát triển kinh tế và hội nhập quốc tế của Việt Nam. Gần như mỗi ngành, lĩnh vực kinh tế đều gắn với sự phát triển của Internet, đều sử dụng ứng dụng Internet vào hoạt động điều hành, sản xuất - kinh doanh. Đây là yếu tố đặc biệt quan trọng để góp phần phát triển kinh tế, thu hút đầu tư nước ngoài trong bối cảnh cách mạng công nghiệp 4.0, là nền tảng cho hệ thống kinh tế chia sẻ, nơi tài sản và dịch vụ được chia sẻ cho nhiều người sử dụng trên thị trường thông qua việc sử dụng các nền tảng số<sup>9</sup> - vốn được coi là hình thức đặc biệt thích hợp

<sup>6</sup> Thống kê khách du lịch nội địa năm 2000 đến năm 2018, <http://vietnamtourism.gov.vn/index.php/items/13460>

<sup>7</sup> Nhật Nam, Du lịch Việt Nam tăng trưởng thần kỳ, đón 18 triệu lượt khách quốc tế, <http://baochinhphu.vn/Du-lich/Viet-Nam-tang-truong-than-ky-don-18-trieu-luot-khach-quoc-te/383674.vgp>

<sup>8</sup> Trần Tuấn Anh, Cơ hội của Việt Nam trong các Hiệp định Thương mại tự do thế hệ mới,

<https://vietnam.vnanet.vn/vietnamese/co-hoi-cua-viet-nam-trong-cac-hiep-dinh-thuong-mai-tu-do-the-he-moi/435860.html>

đề gia tăng lợi nhuận đầu tư bất động sản du lịch với các thỏa thuận chia sẻ kỳ nghỉ.

- *Thị trường bất động sản bắt đầu phát triển mạnh trong khi giá bất động sản ở Việt Nam còn khá rẻ.* Thị trường bất động sản là kênh hữu hiệu huy động nguồn tài chính dồi dào trong và ngoài nước phục vụ cho yêu cầu phát triển kinh tế, xã hội, hạ tầng cơ sở, góp phần kích thích các ngành sản xuất liên quan, tăng nguồn thu cho ngân sách và giải quyết lao động việc làm. Thị trường bất động sản Việt Nam nói chung và bất động sản du lịch nói riêng còn dư địa phát triển rất mạnh mẽ. Sức hút đối với nhà đầu tư, ngoài ưu thế về thiên nhiên, con người, kinh tế Việt Nam còn đến từ giá bất động sản hiện tại còn khá rẻ. Theo đánh giá, giá bán và cho thuê nhà ở tại Việt Nam hiện tại là thấp trong khu vực và trên thế giới<sup>9</sup>; giá bất động sản du lịch đang rất cạnh tranh so với các nước trong khu vực. Đây là những yếu tố giúp bất động sản du lịch Việt Nam sẽ bước vào chu kỳ tăng trưởng mới, được dự báo sẽ bùng nổ trong 5 – 10 năm tới. Sự phát triển của bất động sản du lịch như một kênh đầu tư hiệu quả sẽ gia tăng sức hút với người nước ngoài trong bối cảnh nhu cầu tìm kiếm nguồn thu nhập thụ động đang ngày càng gia tăng, đặc biệt ở các quốc gia mà dân số đang già đi, nguồn vốn gửi ngân hàng không sinh nhiều lợi nhuận, người già không tạo thêm được thu nhập hàng tháng từ lương.

- *Hành lang pháp lý cho thị trường bất động sản ngày càng hoàn thiện và đồng bộ hơn.* Hệ thống pháp luật về kinh doanh bất động sản tại Việt Nam đã có những bước phát triển không ngừng. Từ những quy định rải rác, thậm chí có khi còn chồng chéo, mâu thuẫn từ quy định của Bộ luật dân sự đến các luật chuyên ngành khác có liên quan như Luật đất đai, Luật xây dựng... Năm 2006, Luật kinh doanh bất động sản được ban hành trở thành đạo luật chung, thống nhất đầu tiên điều chỉnh hoạt động kinh doanh bất động sản. Cùng với xu thế mở rộng hội nhập quốc tế và sự phát

triển của thị trường bất động sản trong nước, các quy định liên quan đến kinh doanh bất động sản ngày càng được hoàn thiện. Hiện tại, Luật kinh doanh bất động sản năm 2014, Luật đất đai năm 2013, Luật nhà ở năm 2014... và các văn bản hướng dẫn thi hành đã tạo thành khung khổ pháp lý tương đối đầy đủ để điều chỉnh hoạt động kinh doanh bất động sản, bảo đảm cho thị trường được vận hành an toàn và hiệu quả. Những bất cập, thiếu sót nhất định trong các quy định hiện hành, đặc biệt là liên quan đến bất động sản du lịch, đã được phát hiện và có định hướng điều chỉnh. Ngày 23/4/2019, Thủ tướng Chính phủ ban hành Chỉ thị số 11/CT-Ttg về một số giải pháp thúc đẩy thị trường bất động sản phát triển ổn định, lành mạnh. Theo đó, Thủ tướng Chính phủ giao các bộ, ngành, địa phương liên quan thực hiện tốt các nhiệm vụ, giải pháp trong đó có việc hoàn thiện chính sách, pháp luật liên quan tới đầu tư, xây dựng, kinh doanh, quản lý, vận hành các loại hình sản phẩm mới như công trình căn hộ du lịch (condotel), biệt thự du lịch (resort villa), văn phòng kết hợp lưu trú ngắn hạn (officetel); nhà trọ, phòng trọ cho thuê. Thực hiện Chỉ thị của Thủ tướng, Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch đã ban hành Quy chế quản lý, kinh doanh loại hình căn hộ du lịch và biệt thự du lịch (kèm theo Quyết định số 3720/QĐ-BVHTTDL ngày 28/10/2019); Bộ Xây dựng ban hành Thông tư số 21/2019/TT-BXD ngày 31/12/2019 về quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về nhà chung cư với nội dung điều chỉnh cả đối với nhà chung cư có mục đích sử dụng hỗn hợp dùng để ở và sử dụng vào các mục đích khác (bao gồm căn hộ dùng để ở, cơ sở lưu trú du lịch, công trình dịch vụ, thương mại, văn phòng và các công trình khác); Bộ Tài nguyên và Môi trường có Văn bản số 703/BTNMT-TCQLĐĐ ngày 14/2/2020 hướng dẫn chế độ sử dụng đất và việc chứng nhận quyền sở hữu công trình xây dựng không phải nhà ở. Trong thời gian sắp tới, hệ thống pháp luật liên quan

<sup>9</sup> Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế Trung ương, Trung tâm Thông tin – Tư liệu, Chuyên đề Số 14: Quản lý nhà nước trong nền kinh tế chia sẻ: Kinh nghiệm quốc tế và gợi ý cho Việt Nam, tr. 4.

<sup>10</sup> Lan Nhi, Giá nhà ở Thành phố Hồ Chí Minh trong nhóm rẻ nhất thế giới?

<http://vnkic.vn/newdetail?id=78&name=gia-nha-o-tphcm-trong-nhom-re-nhat-the-gioi&AspxAutoDetectCookieSupport=1>



đến kinh doanh bất động sản nói chung và bất động sản du lịch nói riêng chắc chắn sẽ được hoàn thiện, đáp ứng nhu cầu thực tiễn, tạo hành lang pháp lý vững chắc cho sự phát triển của thị trường, bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của các bên liên quan.

Với những ưu thế cơ bản như nêu trên, có thể khẳng định, Việt Nam hiện tại là điểm đến hấp dẫn, thu hút đầu tư, người nước ngoài tới du lịch, sống và làm việc. Điều này được minh chứng bằng số lượng khách du lịch nước ngoài đến Việt Nam và số lượng lao động, chuyên gia nước ngoài sống và làm việc tại Việt Nam tăng nhanh qua các năm. Theo thống kê, năm 2019, Việt Nam có lượng khách quốc tế vượt mốc 18 triệu lượt, tăng 16,2% so với năm 2018<sup>11</sup>. Số lượng người nước ngoài vào Việt Nam làm việc cũng có xu hướng gia tăng, đến cuối năm 2018 có 88.845 lao động người nước ngoài tại Việt Nam, trong đó chủ yếu là chuyên gia, nhà quản lý, giám đốc điều hành và lao động kỹ thuật<sup>12</sup>. Việt Nam được đánh giá là 1 trong 10 nơi làm việc tốt nhất cho chuyên gia nước ngoài theo báo cáo năm 2019 của HSBC Expat<sup>13</sup> và cũng được nhiều người nước ngoài đến làm việc chọn làm nơi sinh sống lâu dài cho gia đình. Lực lượng lao động nước ngoài đông đảo tại Việt Nam cùng với hơn 4,5 triệu người Việt Nam đang sinh sống ở nước ngoài là nguồn cầu lớn, bền vững thu hút nguồn vốn ngoài nước vào thị trường bất động sản nói chung và bất động sản du lịch nói riêng. Đây cũng là tiền đề cho sự phát triển của du lịch, bất động sản du lịch trong những năm sắp tới, dù trước mắt lĩnh vực này còn chịu ảnh hưởng nặng nề của dịch bệnh Covid - 19. Bên cạnh đó, với “thế giới phẳng”, kết nối toàn cầu, thói quen làm việc, học tập, mua bán trực tuyến đã trở nên phổ biến trên toàn thế giới. “Kết nối trực tuyến” không chỉ là giải pháp trước mắt đối phó với dịch bệnh mà chắc chắn sẽ trở thành xu hướng của tương lai, một lối sống

mới trong đó công nghệ đóng vai trò quan trọng. Với sự hỗ trợ của công nghệ, người nước ngoài có thể sống và làm việc ở “ngôi nhà thứ hai” gần gũi với thiên nhiên tại một hòn đảo trên Vịnh Bái Tử Long huyền thoại, tại Đảo Ngọc Phú Quốc hoang sơ hay một khu nghỉ dưỡng ở Trung tâm di sản miền Trung Việt Nam trong khi điều hành các doanh nghiệp hoạt động khắp thế giới. Có thể khẳng định, nhu cầu lựa chọn bất động sản du lịch tại Việt Nam là nhu cầu thực tế của nhiều người nước ngoài và chắc chắn sẽ gia tăng trong tương lai.

## **2. Kinh nghiệm thu hút đầu tư nước ngoài vào bất động sản du lịch ở một số nước trên thế giới**

Trên thế giới, bất động sản du lịch với tư cách là “ngôi nhà thứ hai” là loại hình đã phát triển khá mạnh. Nếu như trong giai đoạn đầu, bất động sản du lịch được coi là dòng sản phẩm dành riêng cho giới nhà giàu, quý tộc thượng lưu sở hữu với mục đích nghỉ dưỡng thì từ đầu những năm 2000 đến nay với sự phát triển của công nghệ, hàng không và cơ sở hạ tầng, bất động sản du lịch được phát triển đa dạng, với nhiều mức giá, tiếp cận với nhiều nhóm khách hàng hơn, không chỉ dành cho nghỉ dưỡng mà còn là hoạt động đầu tư mang lại lợi nhuận cho chủ sở hữu. Chính sách sở hữu bất động sản theo hướng mở, thông thoáng đã giúp thị trường bất động sản nghỉ dưỡng tại nhiều nước tăng trưởng mạnh và ổn định. Một số nước tại châu Á đã trải qua những thay đổi đáng kể từ khi áp dụng các chính sách khuyến khích nhà đầu tư nước ngoài vào thị trường bất động sản, góp phần vào sự gia tăng của thị trường bất động sản và toàn bộ nền kinh tế. Những nước và vùng lãnh thổ có chính sách rộng mở đối với việc cho phép người nước ngoài mua bất động sản như Nhật Bản, Singapore, Malaysia, Hong Kong... cũng là những nước có thị trường bất động sản lớn mạnh và bền vững. Có thể tham khảo kinh nghiệm của một số nước sau:

<sup>11</sup> Nhật Nam, Du lịch Việt Nam tăng trưởng thần kỳ, đón 18 triệu lượt khách quốc tế, <http://baochinhphu.vn/Du-lich/Du-lich-Viet-Nam-tang-truong-than-ky-don-18-trieu-luot-khach-quoc-te/383674.vgp>

<sup>12</sup> Hoàn thiện quy định pháp luật liên quan đến người nước ngoài,

<https://baophapluat.vn/van-ban-moi/hoan-thien-quy-dinh-phap-luat-lien-quan-den-nguoi-nuoc-ngoai-467618.html>

<sup>13</sup> Nguồn <https://baomoi.com/viet-nam-lot-top-10-quoc-gia-dang-song-va-lam-viec-tot-nhat-nam-2019-voi-chuyen-gia-nuoc-ngoai/c/31393085.epi>

Tại *Singapore*, người nước ngoài được mua nhà thương mại không hạn chế, chỉ không được mua nhà xã hội. Bên cạnh nhà ở, Singapore cho người nước ngoài mua biệt thự gắn liền với đất ở những khu vực được quy hoạch (biệt thự đất nền tại đảo Sentosa)<sup>14</sup>.

*Malaysia* là một trong những nước có quy định rộng mở nhất trong khu vực về vấn đề người nước ngoài mua bất động sản. Malaysia chỉ có quy định về giá tối thiểu của căn hộ mà không hạn chế loại hình bất động sản mà người nước ngoài có thể mua. Theo đó, người nước ngoài có thể mua hầu hết tất cả các bất động sản như chung cư, đất công nghiệp, đất nông nghiệp... ngoại trừ các loại bất động sản: bất động sản có giá trị thấp hơn 1.000.000 MYR (hơn 240.000 USD); đơn vị dân cư giá rẻ do các thủ phủ chỉ định; các tòa nhà trong khu bảo tồn Malaysia; bất động sản đang phát triển được chính phủ chỉ định là một đơn vị bản địa<sup>15</sup>. Malaysia còn có chương trình Malaysia My Second Home (MM2H) - một chương trình định cư quốc tế cho phép người nước ngoài sống tại đây với visa lên tới 10 năm, với một số điều kiện nhất định. Tương tự, các nước châu Âu như Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha và Ireland cũng đã công bố về kế hoạch cấp cho người nước ngoài giấy phép cư trú dài hạn nếu mua bất động sản với mức giá khởi điểm theo quy định.

Tại *Nhật Bản*, bất cứ cá nhân quốc tịch nước ngoài nào đều có thể mua hợp pháp bất động sản mà không bị hạn chế gì. Nhật Bản không có bất kỳ yêu cầu nào về tình trạng thường trú đối với người nước ngoài mua bất động sản, việc chuyển nhượng quyền sở hữu cũng rất đơn giản. Những chính sách thông thoáng về sở hữu bất động sản đã giúp Nhật Bản thu hút nhiều nhà đầu tư cũng như doanh nhân nước ngoài làm việc tại Nhật Bản tham gia vào thị trường.

Gần với Việt Nam về phạm vi, điều kiện sở hữu bất động sản của người nước ngoài tại *Thái Lan* có chặt chẽ hơn nhưng tinh thần chung là thông thoáng, minh bạch, tạo điều

kiện cho người nước ngoài mua bất động sản. Theo quy định, người nước ngoài không được sở hữu đất đai ở Thái Lan. Nếu quan tâm đến việc mua, một nhà đầu tư nước ngoài có hai lựa chọn: thuê với thời hạn 30 năm hoặc mua bất động sản thông qua việc thành lập một Công ty TNHH tại Thái Lan mà người nước ngoài không sở hữu quá 49% tổng số vốn góp. Do những hạn chế theo luật định như vậy, hầu hết người nước ngoài lựa chọn mua căn hộ chung cư ở Thái Lan. Tuy nhiên, diện tích căn hộ mà người nước ngoài sở hữu trong một tòa nhà cũng bị hạn chế (không vượt quá 49% tổng diện tích của tòa nhà). Việc bán lại bất động sản của người nước ngoài không bị hạn chế, họ có thể bán cho bất kỳ ai là người Thái Lan hoặc người nước ngoài khác. Nếu mua sản phẩm chưa hình thành, người nước ngoài được phép chuyển nhượng một lần cho người mua khác trước khi dự án hoàn thành; với một số chi phí hành chính nhỏ phải trả cho chủ đầu tư. Từ năm 2016, làn sóng đầu tư bất động sản tại Thái Lan để “an hưởng tuổi già” bắt đầu nổi lên mạnh mẽ sau khi Chính phủ Thái Lan đưa ra loại “visa nghỉ hưu” dành cho người nước ngoài trên 50 tuổi. Theo chính sách này, nếu đáp ứng điều kiện bắt buộc là người nước ngoài ở độ tuổi 50 trở lên, không có tiền sử phạm tội, có khoản tiền gửi vào ngân hàng trên 100.000 bahts (2.809USD) hoặc có ký quỹ ngân hàng ít nhất 3 triệu bahts (84.034USD) (và khoản tiền này phải được duy trì tối thiểu sau 1 năm nhận visa), người nước ngoài có quyền sở hữu nhà tại nước này, chủ yếu là các điểm du lịch nổi tiếng như Phuket, Hua Hin hay Pattaya để nghỉ ngơi.

Nghiên cứu kinh nghiệm các nước, có thể tổng hợp 02 điểm nổi bật liên quan tới việc thu hút người nước ngoài mua bất động sản du lịch, đó là: chính sách thông thoáng về điều kiện sở hữu bất động sản (chủ yếu giới hạn ở loại hình bất động sản mà người nước ngoài được sở hữu theo hướng người nước ngoài không được mua bất động sản liên quan đến

<sup>14</sup> Tham khảo: Linh Long (2013), Chính sách cho người nước ngoài mua nhà: nhìn từ kinh nghiệm quốc tế, <https://baoxaydung.com.vn/chinh-sach-cho-nguoi-nuoc-ngoai-mua-nhanhin-tu-kinh-nghiem-quoc-te-59875.html>

<sup>15</sup> Năm điều cần biết khi mua nhà tại Malaysia, [https://office.myhomemanage.com/vn/new\\_vn/9730.html](https://office.myhomemanage.com/vn/new_vn/9730.html)



quốc phòng, an sinh xã hội) và chính sách cởi mở về lưu trú, cho phép người nước ngoài mua nhà ở mức giá nhất định hoặc có khoản tiền gửi ngân hàng, tiền ký quỹ ở mức nhất định có thể lưu trú dài hạn hoặc có thời hạn tại nước sở tại. Đây là những kinh nghiệm mà Việt Nam có thể học tập để vừa tạo động lực mới cho thị trường bất động sản Việt Nam, vừa thể hiện tinh thần cởi mở, hội nhập.

### 3. Một số đề xuất nhằm thu hút người nước ngoài đầu tư vào bất động sản du lịch Việt Nam

Theo quy định tại Điều 107 “*Bất động sản và động sản*” Bộ luật dân sự năm 2015, bất động sản là đất đai; nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai; tài sản khác gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng và tài sản khác theo quy định của pháp luật. Như vậy, bất động sản có giá trị lớn mà phần lớn vẫn đang ở dạng tiềm ẩn, chưa được khai thác hết để phát triển đất nước trong điều kiện nguồn nội lực của chúng ta đang có hạn. Vì vậy, việc thu hút nguồn vốn của nhà đầu tư nước ngoài vào bất động sản du lịch Việt Nam được đánh giá là sẽ mang lại những lợi ích thiết thực. Trước hết, nguồn vốn này sẽ góp phần làm thị trường bất động sản du lịch tăng trưởng và thanh khoản tốt hơn. Thị trường có nhiều người nước ngoài sở hữu bất động sản sẽ giúp tăng lượng khách du lịch đến Việt Nam, thúc đẩy sự phát triển của ngành du lịch nói riêng và nền kinh tế nói chung. Bên cạnh đó, sự tham gia của những nhà đầu tư nước ngoài dày dặn kinh nghiệm lựa chọn sản phẩm bất động sản du lịch sẽ đặt ra những yêu cầu mới, thúc đẩy sự đa dạng hóa và nâng cao chất lượng sản phẩm trên thị trường để đáp ứng nhu cầu của người mua. Như kinh nghiệm của các nước, chính sách cởi mở về sở hữu bất động sản của người nước ngoài là yếu tố then chốt để thu hút vốn đầu tư nước ngoài vào thị trường bất động sản nói chung, bất động sản du lịch nói riêng. Về vấn đề này, chúng tôi đánh giá Việt Nam còn rất nhiều việc phải làm để cải cách chính sách, pháp luật theo hướng thông thoáng, phù hợp hơn. Dù đã quy định

người nước ngoài được phép mua nhà ở tại Việt Nam (với nhiều hạn chế về loại hình sản phẩm được mua, thời gian sở hữu, thủ tục mua nhà...) nhưng nhìn chung việc người nước ngoài sở hữu nhà còn nhiều khó khăn do các quy định của pháp luật hiện hành còn chồng chéo, thiếu đồng bộ. Theo báo cáo của Bộ Xây dựng, từ khi Luật Nhà ở năm 2014 có hiệu lực đến cuối năm 2019, mới có gần 800 tổ chức, cá nhân nước ngoài sở hữu nhà ở tại Việt Nam tập trung tại các địa phương: TP. Hà Nội, TP. Hồ Chí Minh, Đà Nẵng, Bà Rịa - Vũng Tàu, Bình Dương, Khánh Hòa, Đồng Tháp, Đồng Nai, Cần Thơ, Bình Thuận, Thừa Thiên Huế, Vĩnh Long<sup>16</sup>. Đối với các loại hình bất động sản khác ngoài nhà ở như bất động sản du lịch, chưa có quy định pháp luật nào cho phép người nước ngoài sở hữu. Việc xây dựng cơ chế cởi mở, thông thoáng cho người nước ngoài sở hữu bất động sản du lịch tại Việt Nam không chỉ nhằm giải quyết những vướng mắc, bất cập, thu hút đầu tư mà còn là nhu cầu khách quan nhằm từng bước hiện thực hóa các cam kết của Việt Nam khi tham gia vào Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) theo tinh thần bình đẳng, không phân biệt đối xử. Từ đó, tạo điều kiện cho người nước ngoài tiếp cận, sở hữu bất động sản du lịch để phục vụ các mục đích nghỉ dưỡng, hưu trí, làm việc. Ở chiều ngược lại, cơ chế chính sách thông thoáng cũng giúp Việt Nam tận dụng độ mở của nền kinh tế để thu hút ngoại tệ về cho đất nước. Trên cơ sở đánh giá thực trạng pháp luật Việt Nam và tham khảo kinh nghiệm của các nước, chúng tôi đề xuất một số giải pháp liên quan tới cơ chế, chính sách nhằm thu hút người nước ngoài đầu tư vào bất động sản du lịch Việt Nam trong thời gian tới, cụ thể như sau:

*Một là, quy định thông thoáng hơn về điều kiện sở hữu bất động sản của người nước ngoài. Theo Khoản 2 Điều 14 “Đối tượng được mua, nhận chuyển nhượng, thuê, thuê mua bất động sản của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản” Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 “2. Người Việt Nam định cư ở nước*

<sup>16</sup> Lương Bằng, Qua 5 năm, gần 800 người nước ngoài mua nhà ở Việt Nam, <https://dantri.com.vn/bat-dong-san/qua-5-nam-gan-800-nguoi-nuoc-ngoai-mua-nha-o-viet-nam-20191113070536415.htm>

ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài được thuê các loại bất động sản để sử dụng; được mua, thuê, thuê mua nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được mua, thuê mua nhà, công trình xây dựng để sử dụng làm văn phòng làm việc, cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ theo đúng công năng sử dụng của nhà, công trình xây dựng đó”. Như vậy, người nước ngoài chỉ được mua nhà ở, không được mua các loại hình bất động sản khác như bất động sản du lịch trong khi nhu cầu thực tế của người nước ngoài đối với loại hình sản phẩm này là rất lớn. Việc cho người nước ngoài mua công trình xây dựng không phải là nhà ở như bất động sản du lịch sẽ góp phần thu hút nguồn vốn lớn đầu tư vào phân khúc bất động sản này mà vẫn có thể quản lý bằng các quy định về điều kiện, thủ tục mua bất động sản của người nước ngoài, tương tự như quy định đối với nhà ở.

Theo chúng tôi cần sửa đổi quy định về quyền mua bất động sản của người nước ngoài. Theo đó, thay vì quy định người nước ngoài được mua những loại bất động sản nên theo kinh nghiệm của các nước quy định loại trừ những loại bất động sản mà người nước ngoài được sở hữu bao gồm các nhóm sản phẩm có ảnh hưởng tới an ninh quốc phòng, an sinh xã hội (ví dụ: bất động sản tại khu vực bảo đảm quốc phòng, an ninh; nhà ở xã hội; bất động sản có mức giá dưới một ngưỡng giá nào đó để không ảnh hưởng đến phân khúc nhà ở giá trung bình cho đại đa số người dân và thu hút đầu tư vào loại hình bất động sản có giá trị cao). Điều này vừa thể hiện chính sách thông thoáng, thu hút đối với người nước ngoài vừa thuận tiện cho quá trình tìm hiểu thông tin của nhà đầu tư. Cụ thể, ngay từ đầu người nước ngoài có mong muốn đầu tư bất động sản tại Việt Nam đã xác định được những loại bất động sản nào không được phép mua, sở hữu và tập trung tìm kiếm thông tin về các loại bất động sản khác được phép. Ngoài ra, về lâu dài, có thể cân nhắc xem xét về lộ trình mở rộng điều kiện, thời hạn sử dụng đất và sở hữu tài sản gắn liền với đất cho người nước ngoài

tương tự như điều kiện, thời hạn sử dụng đất của công dân Việt Nam.

Hai là, sửa đổi đồng bộ quy định của Luật đất đai với quy định về sở hữu bất động sản của người nước ngoài. Theo Luật nhà ở năm 2014, cá nhân nước ngoài được mua và sở hữu nhà ở riêng lẻ bao gồm biệt thự, nhà liền kề trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở. Theo Khoản 1 Điều 19 về “nguyên tắc mua bán nhà, công trình xây dựng” của Luật kinh doanh bất động sản năm 2014, thì việc mua bán nhà, công trình xây dựng phải gắn với quyền sử dụng đất. Thực tế, với các nhà ở riêng lẻ trong các dự án nhà ở, giá bán nhà ở theo hợp đồng mua bán ký giữa chủ đầu tư và khách hàng là giá đã bao gồm giá trị quyền sử dụng đất, nghĩa là người mua nhà phải có quyền sử dụng đất liên quan đến ngôi nhà. Tuy nhiên, Khoản 1 Điều 186 về “Quyền và nghĩa vụ về sử dụng đất ở của người Việt Nam định cư ở nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam; người nước ngoài hoặc người Việt Nam định cư ở nước ngoài không thuộc đối tượng được mua nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam” của Luật đất đai năm 2013 chỉ ghi nhận người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc các đối tượng có quyền sở hữu nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở thì có quyền sở hữu nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam mà không ghi nhận quyền sở hữu nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất của người nước ngoài thuộc đối tượng được sở hữu nhà ở. Quy định nêu trên đã dẫn tới nhiều cách hiểu và áp dụng không thống nhất. Cụ thể là, với nhiều dự án đã có văn bản chấp thuận bán nhà cho người nước ngoài, khi làm thủ tục xin cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất đối với nhà ở cho cá nhân nước ngoài thì cơ quan cấp giấy chứng nhận từ chối với lý do: cá nhân nước ngoài không phải là người sử dụng đất và không thuộc trường hợp được nhà nước giao đất có thu tiền theo Điều 5 “Người sử dụng đất”, Điều 55 “Giao đất có thu tiền sử dụng đất” của Luật Đất đai năm 2013 cũng như không được ghi nhận quyền sử dụng đất theo Điều 186 của Luật Đất đai. Chúng tôi đánh giá đây là một



điểm bất cập, thiếu đồng bộ giữa Luật Đất đai năm 2013 với Luật nhà ở năm 2014 và Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, cần được sửa đổi trong thời gian sắp tới. Theo đó, cần ghi nhận người nước ngoài là một trong những chủ thể sử dụng đất theo quy định của pháp luật đất đai.

*Ba là, có chính sách miễn visa cho khách du lịch.* Với điều kiện thiên nhiên thuận lợi, nhiều danh lam thắng cảnh, nhiều di sản vật thể và phi vật thể đã được thừa nhận rộng rãi, Việt Nam có sức thu hút mạnh mẽ đối với du khách nước ngoài. Điều này được chứng minh bằng sự gia tăng lượng khách quốc tế tới Việt Nam mỗi năm mà điển hình là sự “bùng nổ” với 18 triệu khách du lịch quốc tế năm 2019. Tuy nhiên, so với các nước trong khu vực, lượng khách quốc tế tới Việt Nam còn khá khiêm tốn, chưa tạo được động lực mạnh mẽ, ổn định cho sự phát triển của ngành du lịch. Để giải quyết vấn đề này, bên cạnh nỗ lực tự thân của các doanh nghiệp du lịch trong nước, cần có những cơ chế, chính sách phù hợp, tạo thuận lợi cho du khách nước ngoài tới Việt Nam. Trong đó, một trong những giải pháp đột phá là sớm thực hiện miễn visa cho khách du lịch nước ngoài tới Việt Nam. Điều này sẽ giúp du khách tiết kiệm được thời gian, chi phí xin visa qua đó nâng cao sức thu hút của du lịch Việt Nam. Thực tiễn, để thu hút trên 20 triệu khách quốc tế một năm các nước đang thành công trong việc thu hút du khách quốc tế đều miễn visa.

*Bốn là, xây dựng chính sách Việt Nam Ngôi nhà thứ hai (Vietnam My Second Home-VNM2H).* Việc nghiên cứu, xây dựng các chương trình như chương trình “Ngôi nhà thứ hai” của Malaysia hay chính sách cư trú có thời hạn cho người nước ngoài mua bất động sản ở một số nước là một định hướng tốt nên được xem xét áp dụng tại Việt Nam. Chúng tôi đánh giá đây sẽ là những chính sách có hiệu quả tích cực thu hút người nước ngoài tới Việt Nam sống và làm việc, góp phần phát triển thị trường bất động sản nói chung và thị trường bất động sản du lịch nói riêng, phát huy tiềm năng của Việt Nam trong phát triển kinh tế.

*Năm là, đẩy mạnh cải cách hành chính, tạo sự thống nhất trong áp dụng pháp luật.* Để thúc đẩy thị trường phát triển sôi động nhưng bền vững, thu hút nguồn lực đầu tư, mang lại lợi ích thiết thực về kinh tế, xã hội thì một trong những giải pháp quan trọng là cải cách thủ tục hành chính, góp phần tiết kiệm thời gian, chi phí cho doanh nghiệp và người dân. Liên quan đến đầu tư bất động sản nói chung, hiện nay có rất nhiều cải cách cần thực hiện nhằm gia tăng cơ hội, giảm rủi ro cho hoạt động kinh doanh. Theo thống kê sơ bộ, hiện nay, các hoạt động đầu tư xây dựng chịu sự điều chỉnh của khoảng 12 luật khác nhau và rất nhiều Nghị định, Nghị quyết của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Thông tư hướng dẫn của các bộ, ngành. Ngoài ra, còn hơn 20.000 tiêu chuẩn, quy chuẩn, định mức kinh tế kỹ thuật, từ khâu xác định chủ trương đầu tư, nhu cầu vốn, chuẩn bị đầu tư, thực hiện đầu tư xây dựng và kết thúc đầu tư xây dựng đưa dự án vào vận hành khai thác. Các thủ tục nhìn chung còn phức tạp, chồng chéo. Trực tiếp liên quan đến vấn đề sở hữu bất động sản của người nước ngoài, chúng tôi cho rằng cần cải cách các thủ tục liên quan đến mua bán bất động sản, cấp giấy chứng nhận... Những chính sách, quy định pháp luật thông thoáng chỉ thực sự phát huy hiệu quả khi được áp dụng thống nhất với thủ tục đơn giản, rõ ràng. Điều này đòi hỏi công tác tập huấn, phổ biến về các quy định pháp luật cần được thực hiện thường xuyên, để các cơ quan có thẩm quyền ở các địa phương có cách hiểu thống nhất, áp dụng chính xác tránh việc “mỗi nơi làm một kiểu” gây rất nhiều khó khăn cho nhà đầu tư.

*Sáu là, có chính sách quảng bá về đất nước, con người, du lịch và thị trường bất động sản trong đó có bất động sản du lịch Việt Nam.* Theo đó, cần có chiến lược dài hơi, bài bản, gia tăng các kênh để người nước ngoài có thể dễ dàng tiếp cận thông tin về Việt Nam. Trong thời đại công nghệ thông tin, việc sử dụng các công cụ quảng bá không phải là vấn đề lớn, vấn đề là tạo ra nguồn nội dung phong phú, chính xác. Đối với bất động sản, cần có những thông tin đầy đủ, chính xác về chính

sách sở hữu bất động sản của người nước ngoài, cơ hội đầu tư, thủ tục pháp lý, chính sách hỗ trợ, ưu đãi (nếu có)... Có thể quảng bá trên các kênh thông tin chính thức của Hiệp hội Bất động sản Việt Nam bằng nhiều thứ tiếng khác nhau; quảng bá thông qua các diễn đàn, hội chợ du lịch...

Tóm lại, thu hút người nước ngoài mua bất động sản du lịch tại Việt Nam là giải pháp quan trọng để thúc đẩy thị trường phát triển. Với những chia sẻ trong bài viết này, chúng tôi hy vọng sẽ sớm có những đổi mới về chính sách, pháp luật của Việt Nam, nhằm thu hút đầu tư, phát huy tiềm năng, thế mạnh của Việt Nam. Chúng tôi mong rằng những cơ chế, chính sách thông thoáng về sở hữu bất động sản của người nước ngoài thể hiện qua những sửa đổi đồng bộ của pháp luật về đất đai, kinh doanh bất động sản, xây dựng, du lịch, tín dụng, xuất nhập cảnh... sẽ sớm được áp dụng, như một giải pháp cấp bách giúp thị trường hồi phục nhanh sau những tác động tiêu cực của đại dịch Covid -19. Đồng thời, đây cũng là giải pháp dài hạn để Việt Nam trở thành điểm đến nghỉ dưỡng, hưu trí và đầu tư bất động sản của người nước ngoài, tăng ưu thế cạnh tranh với các nước trong khu vực.

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Lan Anh, Thời của các công ty công nghệ Đông Nam Á, Tạp chí Forbes Việt Nam số 80, tháng 1.2020, <https://forbesvietnam.com.vn/tin-cap-nhat/thoi-cua-cac-cong-ty-cong-nghe-dong-nam-a-8732.html>

2. Ngọc An, Việt Nam có trên 96 triệu người: dân số vàng nhưng tốc độ già hóa đang tăng nhanh, <https://tuoitre.vn/viet-nam-co-tren-96-trieu-nguoi-dan-so-vang-nhung-toc-do-gia-hoa-dang-tang-nhanh-2019121910014933.htm>

3. Công bố kết quả Tổng điều tra dân số và nhà ở, <https://soha.vn/cong-bo-ket-qua-dieu-tra-dan-so-va-nha-o-nam-2019-20191219151822935.htm>

4. Thống kê khách du lịch nội địa năm 2000 đến năm 2018, <http://vietnamtourism.gov.vn/index.php/items/13460>

5. Nhật Nam, Du lịch Việt Nam tăng trưởng thần kỳ, đón 18 triệu lượt khách quốc tế,

<http://baochinhphu.vn/Du-lich/Du-lich-Viet-Nam-tang-truong-than-ky-don-18-trieu-luot-khach-quoc-te/383674.vgp>

6. Ngân hàng thế giới, Tổng quan về Việt Nam (cập nhật ngày 24/10/2019).

<https://www.worldbank.org/vi/country/vietnam/overview>

7. Trần Tuấn Anh, Cơ hội của Việt Nam trong các Hiệp định Thương mại tự do thế hệ mới, <https://vietnam.vnanet.vn/vietnamese/co-hoi-cua-viet-nam-trong-cac-hiep-dinh-thuong-mai-tu-do-the-he-moi/435860.html>

8. Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế Trung ương, Trung tâm Thông tin – Tư liệu, Chuyên đề Số 14: Quản lý nhà nước trong nền kinh tế chia sẻ: Kinh nghiệm quốc tế và gợi ý cho Việt Nam, tr. 4.

9. Lan Nhi, Giá nhà ở Thành phố Hồ Chí Minh trong nhóm rẻ nhất thế giới?

<http://vnkic.vn/newdetail?id=78&name=gia-nha-o-tphcm-trong-nhom-re-nhat-the-gioi&AspxAutoDetectCookieSupport=1>

10. Hoàn thiện quy định pháp luật liên quan đến người nước ngoài,

<https://baophapluat.vn/van-ban-moi/hoan-thien-quy-dinh-phap-luat-lien-quan-den-nguoi-nuoc-ngoai-467618.html>

11. Việt Nam lọt top 10 quốc gia đáng sống và làm việc tốt nhất năm 2019 với chuyên gia nước ngoài, <https://baomoi.com/viet-nam-lot-top-10-quoc-gia-dang-song-va-lam-viec-tot-nhat-nam-2019-voi-chuyen-gia-nuoc-ngoai/c/31393085.epi>

12. Tham khảo: Linh Long (2013), Chính sách cho người nước ngoài mua nhà: nhìn từ kinh nghiệm quốc tế,

<https://baoxaydung.com.vn/chinh-sach-cho-nguoi-nuoc-ngoai-mua-nhanhin-tu-kinh-nghiem-quoc-te-59875.html>

13. Năm điều cần biết khi mua nhà tại Malaysia, [https://office.myhomanage.com/vn/new\\_vn/9730.html](https://office.myhomanage.com/vn/new_vn/9730.html)

14. Lương Bằng, Qua 5 năm, gần 800 người nước ngoài mua nhà ở Việt Nam, <https://dantri.com.vn/bat-dong-san/qua-5-nam-gan-800-nguoi-nuoc-ngoai-mua-nha-o-viet-nam-20191113070536415.htm>



## MỘT SỐ BÌNH LUẬN, TRAO ĐỔI VÀ GÓP Ý CHO DỰ THẢO LUẬT HÒA GIẢI, ĐỐI THOẠI TẠI TÒA ÁN

Trần Đình Thắng<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Dự thảo Luật hòa giải, đối thoại dự kiến sẽ được Quốc hội khóa 14 xem xét thông qua tại kỳ họp thứ 9. Tuy nhiên, theo nghiên cứu của chúng tôi vẫn còn một số vấn đề cần tiếp tục được cân nhắc. Trong bài viết này tác giả phân tích, luận giải và góp ý, đề xuất phương án hoàn thiện đối với 7 nội dung của dự thảo luật này.

**Từ khóa:** Luật Hòa giải, đối thoại, dự thảo luật, hòa giải viên, hòa giải thành.

Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 20/03/2020; Duyệt đăng: 15/04/2020.

**Abstract:** The draft Law of Mediation and Dialogue is expected to be approved by the 14th National Assembly at its 9th session. However, according to our research, there are still some issues to be further considered. In this paper, we have analyzed, interpreted, and proposed solutions for 7 contents of this draft law.

**Key words:** Law on Mediation, dialogue, draft law, mediator, successful mediation.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 20/03/2020; Date of Approval: 15/04/2020.

Hòa giải tại Tòa án chưa được quy định trong hệ thống pháp luật Việt Nam, mặc dù không phải là vấn đề mới của các nước trên thế giới, khác với hòa giải tiền tố tụng của tòa án, hòa giải đối thoại tại Tòa án do hòa giải viên thực hiện, cho phép các bên tranh chấp tự nguyện hòa giải, đối thoại trước khi thụ lý vụ án, việc hòa giải thành sẽ giảm thiểu được gánh nặng xét xử cho ngành Tòa án cũng như giảm thiểu công việc cho các cơ quan thi hành án.

Tại hội nghị triển khai công tác Tòa án năm 2019, Đồng chí Tổng bí thư, Chủ tịch nước Nguyễn Phú Trọng đã khẳng định: Việc Tòa án mở rộng thí điểm hòa giải, đối thoại trong giải quyết các tranh chấp dân sự, khiếu kiện hành chính là một hướng đi đúng đắn. Trên cơ sở tổng kết thí điểm, phải nghiên cứu để tạo ra các thiết chế bảo đảm quyền tự quyết của người dân theo đúng tinh thần việc dân sự cốt ở đôi bên.

Sau khi thực hiện thí điểm ở thành phố Hải Phòng và tiếp tục mở rộng thí điểm ở 16 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương trong cả nước, dự thảo Luật hòa giải, đối thoại được Tòa án nhân dân tối cao trình Quốc hội khóa 14 tại kỳ họp thứ 8. Dự thảo luật gồm 04 chương, 28 Điều, bao gồm: Chương I - Những quy định

chung (gồm có 08 điều, từ Điều 1 đến Điều 8); Chương II - Hòa giải viên, Đối thoại viên (gồm 06 điều, từ Điều 9 đến Điều 14); Chương III - Trình tự, thủ tục hòa giải, đối thoại và công nhận kết quả hòa giải, đối thoại (gồm có 12 Điều, từ Điều 15 đến Điều 26); 4. Chương V - Điều khoản thi hành (gồm có 02 điều, Điều 27 và Điều 28 Dự thảo luật)<sup>2</sup>.

Dự thảo luật được đánh giá là soạn thảo rất công phu, có chất lượng tốt. Tuy nhiên, theo nghiên cứu của chúng tôi dự thảo luật này vẫn còn những vấn đề cần tiếp tục được nghiên cứu trước khi thông qua.

**1. Về chi phí cho người phiên dịch trong trường hợp người tham gia hòa giải, đối thoại không thành thạo tiếng Việt hoặc họ là người khuyết tật nói, khuyết tật nghe (Khoản 6 Điều 3 của dự thảo luật)**

Tại Khoản 6 Điều 3 của dự thảo luật này quy định: “Tiếng nói và chữ viết dùng trong hòa giải, đối thoại là tiếng Việt. Người tham gia hòa giải, đối thoại có quyền dùng tiếng nói và chữ viết của dân tộc mình; trường hợp này họ có thể tự bố trí hoặc yêu cầu Hòa giải viên bố trí phiên dịch cho mình và tự chịu chi phí phiên dịch.

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Học viện chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh.

<sup>2</sup> Bài viết này phân tích bình luận góp ý cho dự thảo Luật hòa giải, đối thoại tại tòa án, do Tòa án nhân dân tối cao trình Quốc hội khóa 14 kỳ họp thứ 8.

Người tham gia hòa giải, đối thoại là người khuyết tật nghe, khuyết tật nói hoặc khuyết tật nhìn có quyền dùng ngôn ngữ, ký hiệu, chữ dành riêng cho người khuyết tật; trường hợp này phải có người biết ngôn ngữ, ký hiệu, chữ dành riêng cho người khuyết tật để dịch lại. Chi phí cho người phiên dịch trong trường hợp này do người đề nghị chi trả, trừ trường hợp các bên tham gia hòa giải, đối thoại có thỏa thuận khác”.

Theo chúng tôi việc quy định những người không phải là người dân tộc kinh (người không biết hoặc không thành thạo tiếng Việt sử dụng ngôn ngữ của dân tộc mình trong hòa giải) hoặc là người khuyết tật nghe hoặc khuyết tật nói cần sử dụng phiên dịch thì phải trả chi phí cho người phiên dịch là không hợp lý. Quy định trên vô hình dung đã làm cho đối tượng dễ tổn thương này khó khăn hơn trong việc lựa chọn phương án giải quyết tranh chấp bằng con đường hòa giải tại tòa án. Đối tượng này cần có sự sẻ chia từ phía Nhà nước và xã hội. Đường lối quan điểm của Đảng ta là thực hiện chính sách bình đẳng, đoàn kết, tương trợ giữa các dân tộc, tạo mọi điều kiện để các dân tộc phát triển đi lên con đường văn minh, tiến bộ, gắn bó mật thiết với sự phát triển chung của cộng đồng, các dân tộc Việt Nam, chăm lo cuộc sống của người khuyết tật, tạo cơ hội người khuyết tật được bình đẳng nhằm đáp ứng tốt hơn quyền lợi chính đáng, hợp pháp, động viên để người khuyết tật phát huy năng lực, vươn lên hoà nhập, đóng góp cho xã hội<sup>3</sup>. Do vậy, Khoản 6, Điều 3 Dự thảo luật cần được chỉnh sửa theo hướng “chi phí cho người phiên dịch do nhà nước chi trả”.

## **2. Về kinh phí bảo đảm thực hiện hoạt động hòa giải, đối thoại tại Tòa án**

Tại Khoản 1, Điều 6 dự thảo luật quy định: “Nhà nước bảo đảm kinh phí cho công tác hòa giải, đối thoại tại Tòa án từ ngân sách Nhà nước và các nguồn kinh phí hợp pháp khác theo quy định của pháp luật.”

Vấn đề này hiện nay có 2 luồng quan điểm khác nhau:

*Quan điểm thứ nhất cho rằng*, Nhà nước có trách nhiệm bảo đảm kinh phí cho hoạt động

hòa giải, đối thoại tại Tòa án. Quy định như vậy thể hiện được bản chất ưu việt của chế độ, trách nhiệm của Nhà nước trong việc giải quyết những vấn đề bức xúc của xã hội; đồng thời, góp phần khuyến khích các bên sử dụng hòa giải, đối thoại tại Tòa án để giải quyết tranh chấp. Với việc các tranh chấp được giải quyết thông qua hòa giải, đối thoại, vụ việc không phải trải qua thủ tục sơ thẩm, phúc thẩm, trong một số trường hợp phải qua thủ tục xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực phát luật theo quy định của các luật tố tụng. Kết quả giải quyết được các bên tự nguyện thi hành sẽ tiết kiệm một khoản kinh phí rất lớn cho ngân sách nhà nước.

*Quan điểm thứ hai cho rằng*, người tham gia hòa giải, đối thoại phải nộp lệ phí hòa giải, đối thoại để chi trả cho lợi ích mà họ được hưởng từ dịch vụ hòa giải, đối thoại tại Tòa án và Nhà nước hỗ trợ một phần kinh phí để bảo đảm thực hiện hoạt động hòa giải, đối thoại tại Tòa án.

Có thể thấy rằng, việc lựa chọn phương án nào là vấn đề hệ trọng cần được cân nhắc cẩn thận và kỹ lưỡng để một mặt khuyến khích được các bên tranh chấp lựa chọn phương thức giải quyết bằng con đường hòa giải tại tòa án, mặt khác cần phải tính đến gánh nặng ngân sách khi luật này được thông qua và thực thi trong thực tế. Sẽ có bao nhiêu trung tâm hòa giải tại tòa được thành lập kèm theo đó là bấy nhiêu trụ sở, trang thiết bị phục vụ và số lượng không nhỏ biên chế cho hệ thống này hoạt động (ngoài hòa giải viên, đối thoại viên không nằm trong biên chế). Có lẽ đây cũng là gánh nặng cho ngân sách của Nhà nước nếu theo quan điểm thứ nhất (cũng là quan điểm của cơ quan soạn thảo).

Theo chúng tôi, đối với đối thoại để giải quyết tranh chấp quyết định hành chính, hành vi hành chính thì kinh phí sẽ được đảm bảo từ nguồn ngân sách của Nhà nước, vì đây là tranh chấp giữa Nhà nước với người dân (cá nhân hay tổ chức). Trong mối quan hệ giữa Nhà nước với người dân hoàn toàn khác với quan hệ dân sự đơn thuần. Người dân đã làm nghĩa vụ của mình đối với Nhà nước, đóng thuế nuôi

<sup>3</sup> Xem cương lĩnh xây dựng đất nước thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội và chỉ thị số 39 của Ban bí thư về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác người khuyết tật.



sống bộ máy Nhà nước, phía Nhà nước phải có nghĩa vụ phục vụ người dân. Khi xảy ra khiếu kiện đối với một quyết định hành chính, hành vi hành chính, bất luận đúng hay sai từ phía Nhà nước đều có nghĩa là người dân đã không hài lòng với sự phục vụ đó. Do vậy, đối thoại tại Tòa án để giải quyết loại tranh chấp này kinh phí sẽ được bảo đảm từ ngân sách của Nhà nước là hợp lý nhất.

Đối với hòa giải tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động, thì cần phải thu phí một khoản nhất định để bù cho đắp một phần cho kinh phí Nhà nước bỏ ra phục vụ cho hoạt động hòa giải. Tuy nhiên, mức thu này phải hợp lý, phải thấp hơn so với án phí (nếu tranh chấp được giải quyết bằng con đường tòa án). Mức thu thấp hơn do chi phí cho hòa giải thấp hơn so với chi phí cho hoạt động xét xử, hơn nữa nếu mức thu thấp hơn so với án phí sẽ khuyến khích các bên tranh chấp lựa chọn phương thức hòa giải tại Tòa án. Chúng tôi cho rằng việc thu này là hợp lý vì người tham gia hòa giải được hưởng lợi từ dịch vụ hòa giải tại Tòa án, họ cần đóng góp một khoản phí để bù đắp cho ngân sách của Nhà nước nhằm giảm tải cho gánh nặng tài chính của Nhà nước khi vừa phải chi trả kinh phí cho hệ thống Tòa án vừa phải chi trả kinh phí cho hệ thống các trung tâm hòa giải.

**3. Về tiêu chuẩn bổ nhiệm Hòa giải viên (Điều 9 dự thảo Luật)**

Tại Điều 9 của dự thảo luật, tiêu chuẩn Hòa giải viên được quy định như sau:

- 1. Tiêu chuẩn chung của Hòa giải viên gồm:
  - a) Là công dân Việt Nam thường trú tại Việt Nam, trung thành với Tổ quốc và Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, có đầy đủ năng lực hành vi dân sự theo quy định của Bộ luật dân sự, có phẩm chất đạo đức tốt, gương mẫu trong việc chấp hành pháp luật, có sức khỏe bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ được giao;
  - b) Có kinh nghiệm, kỹ năng hòa giải, đối thoại;
  - c) Tự nguyện thực hiện nhiệm vụ hòa giải, đối thoại;
  - d) Có chứng chỉ bồi dưỡng nghiệp vụ hòa giải, đối thoại của Tòa án.

2. Những người dưới đây nếu có đủ tiêu chuẩn tại Khoản 1 Điều này có thể được bổ nhiệm làm Hòa giải viên:

- a) Thẩm phán, kiểm sát viên, những người giữ chức danh tư pháp khác đã nghỉ hưu;
- b) Luật sư, chuyên gia, nhà chuyên môn khác có ít nhất 10 năm kinh nghiệm trong lĩnh vực công tác;
- c) Những người có hiểu biết sâu sắc về văn hóa truyền thống, phong tục tập quán, có ảnh hưởng và được tin nhiệm cao trong cộng đồng dân cư hoặc trong lĩnh vực nhất định của đời sống xã hội.

3. Người thuộc một trong các trường hợp sau đây thì không được bổ nhiệm làm Hòa giải viên:

- a) Không đủ tiêu chuẩn quy định tại Khoản 1 Điều này;
- b) Đang là cán bộ, công chức, viên chức; sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan, công nhân trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân.

Nhìn chung, có sự đồng thuận cao với Khoản 1 và Khoản 3 của Điều 9 dự thảo luật này. Riêng Khoản 2 hiện nay có 2 loại quan điểm như sau:

- *Quan điểm thứ nhất cho rằng*, ngoài đối tượng là người có chức danh tư pháp đã nghỉ hưu thì những người là luật sư, chuyên gia, nhà chuyên môn khác phải có ít nhất 10 năm kinh nghiệm trong lĩnh vực công tác mới có thể được xem xét bổ nhiệm làm Hòa giải viên, Đối thoại viên. Quy định theo hướng này góp phần nâng cao chất lượng đội ngũ Hòa giải viên, Đối thoại viên tại Tòa án, bởi lẽ đây là chế định đặc biệt nên cần thu hẹp nguồn bổ nhiệm theo hướng nâng cao điều kiện, tiêu chuẩn bổ nhiệm nhằm chuyên nghiệp hóa đội ngũ Hòa giải viên, Đối thoại viên.

- *Quan điểm thứ hai cho rằng*, đối với luật sư, chuyên gia, nhà chuyên môn khác dự thảo luật chỉ cần quy định là có kinh nghiệm trong lĩnh vực công tác của mình mà không cần giới hạn phải đủ 10 năm kinh nghiệm. Bởi lẽ, nhiều trường hợp luật sư, chuyên gia, nhà chuyên môn trẻ nhưng có năng lực, trình độ, kỹ năng hòa giải tốt. Quy định theo hướng này sẽ góp

phần mở rộng nguồn bổ nhiệm hòa giải viên, đối thoại viên.

Quan điểm của chúng tôi về Khoản 2, Điều 9 của dự thảo như sau:

**Thứ nhất**, đối với những người có chức danh tư pháp đã nghỉ hưu có đủ điều kiện ở Khoản 1 của Điều 9 có thể được bổ nhiệm Hòa giải viên là hợp lý vì đối tượng này có kiến thức pháp luật tốt, có kinh nghiệm dày dặn trong lĩnh vực công tác pháp luật, hơn ai hết họ sẽ là những người có lời khuyên tốt nhất hợp lý nhất và tạo được niềm tin cho các bên tranh chấp và điều này mang lại hiệu quả cao cho hoạt động hòa giải tại Tòa án.

**Thứ hai**, đối với những người đang hành nghề luật sư thì đòi hỏi phải có ít nhất 5 năm kinh nghiệm nghề nghiệp (mà không cần đến 10 năm). Tại sao lại là 5 năm mà không phải là 10 năm vì mấy lý do sau:

**Một là**, sau khi nhận bằng cử nhân luật, để trở thành luật sư tại Việt Nam, một người có thể mất một thời gian ít nhất là trên 2 năm (hoặc dài hơn) vì phải hoàn thành khóa đào tạo nghề luật sư, trải qua thời gian tập sự hành nghề luật sư, kiểm tra đánh giá kết quả tập sự theo quy định. Như vậy độ tuổi trở thành luật sư ở Việt Nam trung bình khoảng 28 tuổi, sau 5 năm hành nghề luật sư là trên 33 tuổi (chưa kể thời gian hoàn thành khóa học và chờ cấp chứng chỉ khóa học bồi dưỡng nghiệp vụ Hòa giải viên). Ở độ tuổi này đủ chín chắn, kiến thức, kinh nghiệm để thực hiện công việc của Hòa giải viên.

**Hai là**, việc quy định thời gian công tác 5 năm sẽ mở rộng nguồn của Hòa giải viên và không bỏ sót những người tuổi trẻ có tài năng. Tuy nhiên, cũng có ý kiến cho rằng việc quy định 10 năm kinh nghiệm công tác cho phép xây dựng đội ngũ Hòa giải viên có chất lượng, quan điểm này không hẳn hoàn toàn chính xác vì khi mở rộng nguồn hòa giải viên thì khả năng lựa chọn ứng viên càng lớn và tất nhiên cơ hội lựa chọn người xứng đáng càng lớn. Ngoài ra thì để có đội ngũ hòa giải viên có chất lượng thì cần phải nghiên cứu cơ chế sàng lọc, đào thải và tự đào thải đối với những Hòa giải viên không đáp ứng được yêu cầu của công việc.

**Thứ ba**, đối với cụm từ “chuyên gia, nhà chuyên môn khác” được quy định tại điểm b

Khoản 2 Điều 9 của dự thảo luật là vấn đề nên cân nhắc vì mấy lý do sau:

**Một là**, cụm từ “chuyên gia, nhà chuyên môn khác” không thể hiện rõ ràng lĩnh vực hoạt động của đối tượng này, họ có thể hoạt động trong lĩnh vực khoa học tự nhiên, xã hội khác không liên quan hoặc ít liên quan đến lĩnh vực pháp luật, trong trường hợp này nếu họ trở thành hòa giải viên liệu có thực hiện được nhiệm vụ hòa giải tại tòa án không.

**Hai là**, hòa giải viên tại Tòa án cần phải có tiêu chuẩn khác với tiêu chuẩn của hòa giải viên cơ sở (theo quy định của luật hòa giải ở cơ sở). Nếu như tiêu chuẩn của hòa giải viên cơ sở chỉ cần “có kiến thức pháp luật” thì tiêu chuẩn của hòa giải viên tại tòa án phải cao hơn, họ phải là luật sư, người từng đảm nhiệm các chức danh tư pháp, hoặc phải là “chuyên gia, nhà chuyên môn khác trong lĩnh vực pháp luật”. Hòa giải viên tại Tòa án phải là những người am hiểu pháp luật và có kinh nghiệm thực tiễn phong phú có phẩm chất đạo đức tốt mới có thể có lời khuyên hợp tình hợp lý có sức thuyết phục đối với các bên tranh chấp. Do vậy, theo chúng tôi cụm từ “chuyên gia, nhà chuyên môn khác” nên được thay thế bằng “chuyên gia, nhà chuyên môn khác trong lĩnh vực pháp luật” hoặc là cụm từ “những người có bằng thạc sỹ luật học, tiến sỹ luật học hoặc phó giáo sư hay giáo sư luật học” sẽ hợp lý hơn. Đối với những người là chuyên gia, những người có học hàm học vị thì không cần thiết phải đặt ra thời gian và kinh nghiệm công tác vì đối tượng này có trình độ chuyên sâu, có thời gian dài công tác và nghiên cứu khoa học pháp lý mới có thể trở thành chuyên gia hay nhận học hàm học vị trong lĩnh vực khoa học pháp lý.

#### **4. Về việc cần có sự đồng ý của đương sự trước khi chuyển đơn sang hòa giải, đối thoại tại Tòa án (Khoản 2 Điều 15 dự thảo luật)**

Tại Khoản 2 Điều 15 dự thảo luật quy định: Tòa án nhận đơn, vào sổ nhận đơn, xác nhận việc nhận đơn theo quy định tại Khoản 1 Điều 191 của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, Khoản 1 Điều 121 của Luật tố tụng hành chính năm 2015 và thông báo cho người nộp đơn khởi kiện biết vụ việc sẽ được xem xét chuyên



sang hòa giải, đối thoại, nếu đáp ứng đủ các điều kiện quy định tại Khoản 4 điều này.

Vấn đề này có hai quan điểm như sau:

*Quan điểm thứ nhất cho rằng*, cần quy định theo hướng sau khi nhận được đơn khởi kiện đơn yêu cầu, Tòa án chuyển đơn khởi kiện, đơn yêu cầu và các tài liệu kèm theo để xem xét, tiến hành hòa giải, đối thoại theo quy định của luật này và thông báo cho các bên liên quan biết. Nếu các bên không đồng ý hòa giải, đối thoại thì có thể bày tỏ ý kiến của mình hoặc không tham gia hòa giải, đối thoại.

*Quan điểm thứ hai cho rằng*, cần quy định rõ Tòa án phải hỏi đương sự trước khi chuyển đơn khởi kiện, đơn yêu cầu giải quyết việc dân sự để hòa giải, đối thoại theo quy định của luật này. Bởi lẽ, nếu không hỏi đương sự mà tự động chuyển đơn là vi phạm quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự.

Mặc dù dự thảo luật này đang theo quan điểm thứ nhất, tuy nhiên, chúng tôi cho rằng tâm lý của các bên tranh chấp là theo đuổi vụ kiện tại tòa án nhưng sau đó được thông báo đơn khởi kiện được chuyển đến hòa giải sẽ tạo ra bức xúc cho họ, tạo cho họ cảm giác con đường đi tìm công lý dài thêm. Mặt khác, nếu Tòa tự động chuyển đơn khởi kiện, đơn yêu cầu giải quyết vụ việc để hòa giải là không tôn trọng quyền tự định đoạt của họ. Điều này sẽ làm tăng khả năng từ chối hòa giải tại tòa án của họ. Hơn nữa sau khi nhận được đơn khởi kiện, đơn yêu cầu, nếu Tòa án trao đổi phân tích các lợi ích của hòa giải tại Tòa án thì khả năng đương sự đồng ý tham gia hòa giải sẽ cao hơn. Vì vậy, chúng tôi cho rằng nên theo quan điểm thứ 2.

### **5. Về phân công Hòa giải viên tham gia hòa giải**

Tại Khoản 4 Điều 15 dự thảo luật quy định: “Trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày được phân công, Thẩm phán làm công tác hòa giải, đối thoại xem xét đơn khởi kiện, đơn yêu cầu, phân công Hòa giải viên trong danh sách của Tòa án mình để tiến hành hòa giải, đối thoại và thông báo cho các bên liên quan biết khi có đủ các điều kiện sau đây:

- a) Thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án;
- b) Không thuộc trường hợp không được hòa giải, không tiến hành hòa giải, đối thoại

được theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự, Luật tố tụng hành chính”.

Theo quy định trên thì việc lựa chọn hòa giải viên tham gia giải quyết tranh chấp là thẩm quyền của thẩm phán làm công tác hòa giải, đối thoại xem xét đơn khởi kiện, đơn yêu cầu. Theo chúng tôi quy định này nên cân nhắc theo hướng thẩm phán làm công tác hòa giải, đối thoại xem xét đơn khởi kiện, đơn yêu cầu phân công hòa giải viên theo đề nghị của các bên tranh chấp. Nếu trao quyền lựa chọn hòa giải viên cho các bên thì rõ ràng là họ có niềm tin vào năng lực uy tín của hòa giải viên mà họ lựa chọn. Vì vậy, khả năng đàm phán thương lượng giữa các bên sẽ diễn ra thuận lợi hơn, hiệu quả giải quyết tranh chấp sẽ cao hơn. Trong trường hợp các bên không thỏa thuận được hoặc không có yêu cầu lựa chọn hòa giải viên, khi đó việc phân công hòa giải viên sẽ do thẩm phán làm công tác hòa giải, đối thoại xem xét đơn khởi kiện, đơn yêu cầu thực hiện. Khoản 4 của Điều 15 nên đi theo hướng này sẽ hợp lý hơn.

### **6. Về số lượng hòa giải viên, đối thoại viên tiến hành hòa giải, đối thoại**

Vấn đề này có hai quan điểm như sau:

*Quan điểm thứ nhất cho rằng*, cần quy định mỗi vụ việc do 01 hòa giải viên, đối thoại viên tiến hành; nhưng trong những trường hợp đặc biệt hoặc theo đề nghị của các bên, việc hòa giải, đối thoại có thể được tiến hành bằng 02 hoặc 03 hòa giải viên, đối thoại viên.

*Quan điểm thứ hai cho rằng*, nên quy định theo hướng mỗi vụ việc chỉ cần 01 hòa giải viên, đối thoại viên giải quyết để thống nhất áp dụng chung.

Theo chúng tôi, trong quan hệ dân sự nên tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên tham gia hòa giải. Khi các bên được quyền định đoạt trong tham gia hòa giải, định đoạt việc lựa chọn hòa giải viên, lựa chọn số lượng Hòa giải viên sẽ tạo cho họ tâm lý thoải mái, họ sẽ dễ dàng đàm phán, thỏa thuận, nhân nhượng và hòa giải sẽ có hiệu quả cao hơn. Do vậy số lượng Hòa giải viên tham gia hòa giải nên quy định theo hướng do các bên đề nghị. Trong trường hợp các bên không đề nghị thì mỗi một vụ việc chỉ cần 01 Hòa giải viên.

*(Xem tiếp trang 46)*

**BẢO VỆ NGƯỜI TIÊU DÙNG TRONG ĐIỀU KIỆN THIÊN TAI, DỊCH BỆNH HIỆN NAY**Nguyễn Thị Nga<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Thời gian qua, tình trạng vi phạm quyền lợi người tiêu dùng (NTD) đã và đang xảy ra phổ biến trên nhiều lĩnh vực của đời sống. Thực tế đã và đang có rất nhiều vụ việc vi phạm quyền lợi của người tiêu dùng xảy ra để lại hậu quả rất nghiêm trọng. Đặc biệt, vừa qua, trong tình hình dịch bệnh viêm đường hô hấp do chủng mới của virus Corona (Covid -19) gây ra đang có diễn biến phức tạp tại Trung Quốc và nhiều quốc gia và vùng lãnh thổ trên thế giới, gây tâm lý bất an, lo ngại cho người dân. Trước nguy cơ của dịch bệnh và sự gia tăng đột biến nhu cầu của người dân về một số mặt hàng, vật tư y tế như: khẩu trang, dung dịch sát khuẩn và các loại thuốc tăng cường miễn dịch... một số đối tượng tại các thành phố lớn trong cả nước đã gia

tăng đầu cơ, nâng giá, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng kém chất lượng<sup>2</sup>, lừa đảo<sup>3</sup>... đặc biệt là mặt hàng khẩu trang y tế<sup>4</sup> và dung dịch cồn sát khuẩn<sup>5</sup>.

**Từ khóa:** Người tiêu dùng, bảo vệ người tiêu dùng, thiên tai, dịch bệnh, luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 25/03/2020; Duyệt đăng: 15/04/2020.

**Abstract:** In recent years, the violation of consumer rights (NTD) has been occurring widely in many areas of life. In fact, there have been many cases of violation of consumers' rights, resulting in very serious consequences especially, in the recent situation when the outbreak of respiratory disease caused by new strains of Corona virus (Covid -19 is complicated in China and many countries and territories around the world, causing Psychological insecurity, concern for the people. Facing the risk of disease and the sudden increase in people's demand for a number of medical items and supplies such as masks, antiseptic solutions and immunosuppressive drugs ... Some persons in major cities across the country have increased speculation, raised prices, produced, traded fake goods, poor-quality goods, scams... especially medical masks and alcohol disinfectant solution.

**Keywords:** Consumers, consumer protection, natural disasters, epidemics, law on protection of consumers' rights.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 25/03/2020; Date of Approval: 15/04/2020.

Theo Cục Cảnh tranh và bảo vệ NTD (Bộ Công thương) thời gian qua, cơ quan này đã nhận được các khiếu nại của người NTD phản ánh về hiện tượng một số cá nhân, tổ chức lợi dụng hoàn cảnh khó khăn, dịch bệnh để trục

lợi, bán hàng trôi nổi, không rõ nguồn gốc xuất xứ, không bảo đảm chất lượng, tăng giá bán cho người tiêu dùng<sup>6</sup>. Cũng theo thông tin từ Bộ Công an, từ ngày 01 đến ngày 04/02/2020, Cục Cảnh sát điều tra tội phạm về tham nhũng,

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Đại học Công nghiệp Hà Nội.

<sup>2</sup> Phát hiện nhiều mẫu khẩu trang, nước rửa tay và cồn không đạt chuẩn.

<https://www.vietnamplus.vn/phat-hien-nhieu-mau-khau-trang-nuoc-rua-tay-va-con-khong-dat-chuan/626508.vnp>

<sup>3</sup> Hàng loạt người bị “giật tiền cọc” khi đặt mua khẩu trang

[https://dantri.com.vn/kinh-doanh/hang-loat-nguoi-bi-giat-tien-coc-khi-dat-mua-khau-trang-20200227012650825.htm?utm\\_source=article&utm\\_campaign=latest](https://dantri.com.vn/kinh-doanh/hang-loat-nguoi-bi-giat-tien-coc-khi-dat-mua-khau-trang-20200227012650825.htm?utm_source=article&utm_campaign=latest).

<sup>4</sup> Liên tiếp bắt giữ các vụ vận chuyển khẩu trang trái phép

[https://nhandan.com.vn/phapluat/thoi-su/item/43099102-lien-tiep-bat-giu-cac-vu-van-chuyen-khau-trang-trai-phiep.html?\\_ga=2.115430917.263930691.1583411631-2139283118.1546240131](https://nhandan.com.vn/phapluat/thoi-su/item/43099102-lien-tiep-bat-giu-cac-vu-van-chuyen-khau-trang-trai-phiep.html?_ga=2.115430917.263930691.1583411631-2139283118.1546240131).

<sup>5</sup> Cảnh giác trước cồn y tế chứa “độc chết người”

<http://www.congngheptieudung.vn/canh-giac-truoc-con-y-te-chua-doc-chet-nguoi-dt10633>.

<sup>6</sup> Theo báo cáo của Tổng cục quản lý thị trường, chỉ trong ngày 07/02/2020, lực lượng Quản lý thị trường đã kiểm tra, giám sát 242 kinh doanh thiết bị y tế, các hiệu thuốc trên địa bàn cả nước. Qua đó, phát hiện và xử lý 63 đơn vị vi phạm; Thu nộp ngân sách nhà nước 82 triệu đồng, đồng thời tạm giữ 370.790 khẩu trang các loại. Tính chung từ ngày 31/01 đến ngày 07/02/2020, lực lượng quản lý thị trường trên cả nước đã kiểm tra, giám sát, xử lý 3.206 vụ vi phạm đối với mặt hàng khẩu trang và nước sát trùng, sát khuẩn trên địa bàn cả nước. Xem bài: Không lợi dụng thiên tai, dịch bệnh để vi phạm pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng - <https://congly.vn/bao-ve-nguoi-tieudung/khong-loi-dung-thien-tai-dich-benh-de-vi-pham-phap-luat-bao-ve-quyen-loi-ntd-330880.html>.



kinh tế, buôn lậu Bộ Công an (C03) đã triển khai quyết liệt các biện pháp nghiệp vụ, hướng dẫn hệ lực lượng trong toàn quốc, phối hợp chặt chẽ với các lực lượng chức năng tiến hành kiểm tra, đấu tranh, xử lý 26 vụ việc, thu giữ hơn 422.000 khẩu trang y tế các loại và gần 4.000 chai dung dịch rửa tay không có hóa đơn, chứng từ chứng minh nguồn gốc xuất xứ... các đối tượng đã gia tăng sản xuất khẩu trang kém chất lượng hoặc đầu cơ hàng không rõ nguồn gốc, xuất xứ, nâng giá bán khẩu trang y tế cho người dân lên gấp 4 đến 5 lần; mặt hàng thuốc Tamiflu tăng giá từ 1,5 đến 2 lần. Đặc biệt, lợi dụng việc giá khẩu trang và các thiết bị y tế phục vụ cho việc phòng, chống dịch bệnh tăng cao tại Trung Quốc, một số đối tượng còn thu gom khẩu trang y tế, dung dịch rửa tay... vận chuyển, buôn lậu qua biên giới để kiếm lời<sup>7</sup>.

### **1. Một số vụ việc lợi dụng tình hình dịch bệnh Corona (COVID-19) để kinh doanh, vi phạm quyền lợi người tiêu dùng trong thời gian qua**

#### **Tại Hà Nội:**

- Ngày 01/02/2020, Công an quận Thanh Xuân, Hà Nội cho biết đơn vị phối hợp với cơ quan chức năng vừa xử lý 1 cơ sở và 2 cá nhân có hành vi kinh doanh khẩu trang y tế với giá cao gấp nhiều lần.

Qua công tác nắm tình hình tại chợ thuốc Hapulico số 1 Nguyễn Huy Tường và một số cửa hàng thuốc xung quanh, Công an quận Thanh Xuân phát giác hiện tượng nhiều cửa hàng, cá nhân “găm hàng” nâng giá bán gấp 3-5 lần giá so với ngày thường. Cụ thể:

Lực lượng chức năng tiến hành kiểm tra tại quầy thuốc số 446 hiệu Sơn Bảo Đường (trong chợ thuốc Hapulico) đang bán 2 hộp khẩu trang kháng khuẩn do Việt Nam sản xuất loại 4 lớp/50 chiếc/hộp với giá 270.000 đồng/hộp và

không niêm yết giá bán. Ngoài ra, đoàn kiểm tra phát hiện thu giữ thêm 90 chiếc khẩu trang không rõ nguồn gốc xuất xứ.

Cơ quan công an cũng phát hiện 2 cá nhân là Nguyễn Thị T (sinh năm 1986, trú tại phường Thanh Lương, quận Hai Bà Trưng, Hà Nội) và Bùi Thị L.A (sinh năm 1986, trú tại xã Ngọc Vân, huyện Tân Yên, Bắc Giang) đang bày bán rong trước công chợ thuốc khoảng 30 hộp khẩu trang y tế do Việt Nam sản xuất với giá là 200.000 đồng/hộp 50 chiếc<sup>8</sup>.

- Ngày 03/02/2020, tại khu vực Mễ Trì, quận Nam Từ Liêm, thành phố Hà Nội, tổ công tác của Cục C03 Bộ Công an phối hợp với Cục Quản lý thị trường thành phố Hà Nội kiểm tra xe tải biển kiểm soát 34C-201.83 do Vũ Văn Khoa là chủ xe, phát hiện 25.000 khẩu trang y tế không có hóa đơn, chứng từ, xuất xứ nguồn gốc. Kết quả đấu tranh bước đầu với các đối tượng có liên quan xác định, đối tượng Liêu Văn Hải đã đặt mua 50.000 khẩu trang y tế của một số đối tượng qua mạng xã hội Facebook, Zalo với giá 125.000 đồng/hộp và bán lại cho một người quen với giá 145.000 đồng/hộp. Hải và Khoa đã chờ hàng, giao dịch trót lọt 1 lần (25.000 chiếc), lần thứ 2 đang vận chuyển đến địa bàn quận Nam Từ Liêm để tiếp tục giao dịch thì bị phát hiện, bắt giữ. Hành vi này của các đối tượng đã trực tiếp tác động đến mục tiêu ổn định giá cả thị trường và đời sống của nhân dân, gây bức xúc trong dư luận xã hội<sup>9</sup>.

- Ngày 11/02/2020, Đội Quản lý thị trường số 1 - Cục Quản lý thị trường Hà Nội phối hợp với lực lượng chức năng đã tiến hành kiểm tra xe ô tô biển kiểm soát 29C-939.89 đang dừng đỗ trước cửa nhà 69 Hồ Văn Chương, Đống Đa, Hà Nội. Tại thời điểm kiểm tra, lực lượng chức năng phát hiện trên xe có 2.863 hộp khẩu trang của 18 loại, tương đương 143.000 chiếc.

<sup>7</sup> Bộ Công an cảnh báo tình trạng đầu cơ, buôn bán khẩu trang giả <https://baomoi.press/bo-cong-an-canh-bao-tinh-trang-dau-co-buon-ban-khau-trang-gia.html>.

<sup>8</sup> Hà Nội: Tiếp tục phát hiện các cơ sở, cá nhân đẩy giá khẩu trang. <http://vanhoonline.com.vn/%C4%91oi-song/artmid/2070/articleid/25904/ha-noi-tiep-tuc-phat-hien-cac-co-so-ca-nhan-day-gia-khau-trang>.

<sup>9</sup> Cương quyết xử lý việc đầu cơ, găm hàng, nâng giá khẩu trang và dung dịch sát khuẩn <https://baotintuc.vn/kinh-te/cuong-quyet-xu-ly-viec-dau-co-gam-hang-nang-gia-khau-trang-va-dung-dich-sat-khuan-20200204225027662.html>.

Trong đó, có 1 loại khẩu trang kháng khuẩn 4 lớp không thể hiện thông tin địa chỉ nhà sản xuất gồm 449 hộp, mỗi hộp 50 chiếc. Toàn bộ lô hàng hóa trên trị giá hơn 1 tỷ đồng. Toàn bộ số khẩu trang này là loại khẩu trang 4 lớp lọc bụi, được mua gom trên mạng và được bán với giá 364.000đ/hộp không có hóa đơn chứng từ, chứng minh nguồn gốc xuất xứ. Chủ hàng là Chu Ngọc Tú, sinh ngày 14/2/1993 trú tại đường Lê Hồng Phong, phường Tam Thanh, thành phố Lạng Sơn, tỉnh Lạng Sơn. Số hàng trên được mua gom trôi nổi trên thị trường qua mạng xã hội Facebook<sup>10</sup>.

- Ngày 13/02/2020, đoàn kiểm tra của Tổng cục Quản lý thị trường (Bộ Công Thương) cùng Cục Quản lý thị trường Hà Nội phối hợp với lực lượng chức năng đã tiến hành kiểm tra xưởng sản xuất khẩu trang y tế của Công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) Việt Hàn (trụ sở tại thôn Khôn Thôn, xã Minh Cường, huyện Thường Tín, Hà Nội). Tại đây, cơ quan chức năng đã phát hiện cơ sở này sản xuất khẩu trang được gắn mác là khẩu trang y tế 4 lớp kháng khuẩn,... nhưng thực chất các loại khẩu trang y tế do xưởng này sản xuất được dùng nguyên liệu là các cuộn giấy to mềm, loại dùng làm giấy vệ sinh. Lớp giấy vệ sinh này được dùng làm lớp lót giữa (với khẩu trang y tế thật là lớp kháng khuẩn, không bị tan trong nước)<sup>11</sup>.

- Ngày 06/03/2020, trong khi làm nhiệm vụ tại Đội cảnh sát giao thông số 14, Công an thành phố Hà Nội phát hiện trong khoang chở khách của xe ô tô con nhãn hiệu Toyota vios màu sơn bạc BKS 30E-22.663 có chứa 9900 khẩu trang vải không rõ nguồn gốc. Qua kiểm tra, lực lượng làm nhiệm vụ phát hiện trên xe có 9.900 chiếc khẩu trang vải gắn nhãn mác

của Công ty TNHH thương mại thiết bị Duy Ngọc, tài xế không xuất trình được hóa đơn liên quan, theo khai báo của tài xế, số khẩu trang trên đang vận chuyển ra bãi xe 74 Ngọc Hồi để vào Nam tiêu thụ, trong lúc vận chuyển bị cơ quan chức năng phát hiện<sup>12</sup>.

#### **Tại Lào Cai:**

Vào hồi 20 giờ, đêm ngày 03/02/2020, Đội kiểm soát hải quan (Cục Hải quan Lào Cai) phối hợp với Đồn Biên phòng Cửa khẩu quốc tế Lào Cai và Phòng Cảnh sát môi trường (Công an tỉnh) phát hiện lô hàng, gồm nhiều thùng carton để trên bờ sông. Qua kiểm tra, lực lượng chức năng phát hiện trong năm thùng carton có chứa 12.250 khẩu trang y tế, với nhiều nhãn hiệu khác nhau. Chủ sở hữu là bà Ngô Thị Hương, sinh năm 1993, trú tại thị trấn Yên Lạc, huyện Yên Lạc, tỉnh Vĩnh Phúc, không xuất trình được giấy tờ chứng minh nguồn gốc hàng hóa. Bà Hương khai nhận đã mua gom số khẩu trang trên ở một số địa phương của Việt Nam, sau đó chuyển lên khu vực biên giới, đưa sang Trung Quốc bán kiếm lời. Ngay sau đó vài tiếng, lúc 23 giờ đêm ngày 03/02/2020, Đội kiểm soát hải quan (Cục Hải quan Lào Cai) phối hợp Đội an ninh Công an thành phố Lào Cai phát hiện Nguyễn Thị Quyên, sinh năm 1975, trú tại tổ 34, phường Cốc Lều, thành phố Lào Cai đang tập kết bảy thùng carton, có chứa 13.850 chiếc khẩu trang y tế. Bà Quyên không xuất trình được giấy tờ chứng minh nguồn gốc hàng hóa, tại cơ quan hải quan, bà Quyên khai nhận đã mua gom số khẩu trang nói trên ở các địa phương trong nước, đưa ra biên giới, chuyển sang Trung Quốc bán kiếm lời<sup>13</sup>.

#### **Tại Thái Bình:**

<sup>10</sup> Khẩu trang kháng khuẩn bằng... giấy vệ sinh được bán giá “cắt cổ” trên mạng <https://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/thi-truong/khau-trang-khang-khuan-bang-giay-ve-sinh-duoc-ban-gia-cat-co-tren-mang-616276.html>. Tạm giữ lô khẩu trang y tế trị giá hơn một tỷ đồng <https://www.nhandan.org.vn/hanggiahangthat/item/43233902-tam-giu-lo-khau-trang-y-te-tri-gia-hon-mot-ty-dong.html>.

<sup>11</sup> Kinh hãi, xưởng làm khẩu trang kháng khuẩn bằng... giấy vệ sinh <https://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/thi-truong/phan-hien-xuong-lam-khau-trang-khang-khuan-bang-giay-ve-sinh-616252.html>.

<sup>12</sup> CSGT Hà Nội phát hiện, xử lý ô tô chở hàng vạn khẩu trang không rõ nguồn gốc <http://tv.nguoiduatin.vn/2/csgt-ha-noi-phan-hien-hang-van-khau-trang-khong-ro-xuat-xu-1680.html>.

<sup>13</sup> Bắt hai vụ buôn lậu hơn 26.000 khẩu trang y tế <https://www.nhandan.org.vn/hanggiahangthat/item/43139802-bat-hai-vu-buon-lau-hon-26-nghin-khau-trang-y-te.html>.



Chiều ngày 06/02/2020, Cơ quan Cảnh sát điều tra Công an tỉnh Thái Bình đã kiểm tra cơ sở sản xuất của công ty Thiên Y Việt địa chỉ số 437, đường Trần Hưng Đạo, phường Trần Hưng Đạo, thành phố Thái Bình. Tại đây, tổ công tác phát hiện xe ô tô biển kiểm soát 29D - 123.09 do tài xế Đỗ Xuân Trường điều khiển có chở 14 thùng carton dán kín, mỗi thùng có chứa 30 chai dung dịch màu trắng ghi nhãn hiệu Rencide III - nước xịt tay sạch khuẩn được sản xuất bởi Công ty Cổ phần dược phẩm Thiên Y Việt, (SCB: 15/2020/TYV-TB), không có hóa đơn chứng từ chứng minh nguồn gốc sản phẩm, số lượng hàng hóa này đang chuẩn bị được đưa ra thị trường tiêu thụ... Sau khi lập biên bản và niêm phong số lượng hàng hóa nói trên, cơ quan công an đã phối hợp với Sở Y tế Thái Bình lấy mẫu kiểm nghiệm các sản phẩm nước rửa tay. Sở Y tế Thái Bình đã có công văn trả lời việc sản xuất các sản phẩm nước rửa tay trên của Công ty Thiên Y Việt là không đúng quy định của pháp luật. Lực lượng chức năng tỉnh Thái Bình đã đình chỉ hoạt động cơ sở sản xuất của Công ty Cổ phần dược phẩm Thiên Y Việt để điều tra về hành vi làm giả nước rửa tay<sup>14</sup>.

#### **Tại Quảng Bình:**

Chỉ trong hai ngày 01- 02/02/2020, Cục Quản lý thị trường phối hợp với Thanh tra Sở Y tế đã tiến hành kiểm tra các quầy thuốc, hộ kinh doanh trên địa bàn toàn địa bàn tỉnh Quảng Bình. Đợt kiểm tra đợt xuất 2 ngày phát hiện 9 quầy thuốc sai phạm, nhiều hiệu thuốc đã lợi dụng để trục lợi bằng việc nâng giá bán khẩu trang lên gấp nhiều lần, lực lượng chức năng đã lập biên bản xử phạt với tổng số tiền là 30 triệu đồng<sup>15</sup>.

#### **Tại Đắk Lắk:**

Từ ngày 31/01 - 15/02/2020, lực lượng đã kiểm tra 345 cơ sở kinh doanh, xử lý 27 cơ sở

có hành vi vi phạm găm hàng, tăng giá các mặt hàng phục vụ phòng chống dịch corona (covid-19) với tổng số tiền xử phạt vi phạm hành chính gần 252 triệu đồng<sup>16</sup>.

Ngày 04/02/2020, Công an huyện Ea Kar, tỉnh Đắk Lắk cho biết, lực lượng chức năng đang hoàn tất các thủ tục để xử phạt hành chính 30 triệu đồng đối với quầy thuốc Ngọc Giang nằm trên đường Nguyễn Tất Thành, thị trấn Ea Kar, huyện Ea Kar về hành vi tăng giá bán khẩu trang y tế. Trước đó, ngày 03/02/2020, hiệu thuốc này bị Đội Cảnh sát Kinh tế huyện và Đội 3 Cục Quản lý thị trường tỉnh Đắk Lắk phát hiện nâng giá bán mặt hàng khẩu trang y tế từ 37.000 đồng lên 120.000 đồng/hộp.

Cục Quản lý thị trường Đắk Lắk cũng vừa ra quyết định xử phạt nhà thuốc Mạnh Đức trên đường Lý Thái Tổ, phường Tân An, thành phố Buôn Ma Thuột 20 triệu đồng về hành vi găm hàng khẩu trang y tế. Khi tổ công tác của Cục Quản lý thị trường đến kiểm tra, nhà thuốc đang thông báo hết khẩu trang nhưng trong kho vẫn có 39 hộp loại 50 cái mỗi hộp.

Ngày 12/02/2020, Cục Quản lý thị trường tỉnh Đắk Lắk kiểm tra, phát hiện công ty Thùy Tiên đang bán một thùng khẩu trang kháng khuẩn 4 lớp với giá bán 5 triệu đồng cho 2 cá nhân. Qua kiểm tra, công ty trên bán cao hơn 4 lần so với giá bán bình thường. Công ty này đã bị xử phạt 50 triệu đồng về hành vi lợi dụng dịch bệnh và điều kiện bất thường khác để định giá bán hàng hóa là khẩu trang y tế bất hợp lý. Bên cạnh đó, Đội Quản lý thị trường số 1, Cục Quản lý thị trường tỉnh Đắk Lắk chủ trì phối hợp với Phòng An ninh kinh tế - Công an tỉnh Đắk Lắk, kiểm tra đối với công ty TNHH Dược vật tư y tế Thiên An (số 45 Trần Quang Khải, thành phố Buôn Ma Thuột, tỉnh Đắk Lắk) và phát hiện công ty này có nhiều sai phạm. Cụ thể, công ty không lập hóa đơn khi

<sup>14</sup> Thái Bình: Đình chỉ cơ sở sản xuất số lượng lớn chai nước rửa tay giả.

<https://laodong.vn/phap-luat/thai-binh-dinh-chi-co-so-san-xuat-so-luong-lon-chai-nuoc-rua-tay-gia-783366.ldo>

<sup>15</sup> Quảng Bình: Xử phạt 9 quầy thuốc nâng giá bán khẩu trang

<https://baotainguyenmoitruong.vn/quang-binh-xu-phat-9-quay-thuoc-nang-gia-ban-khau-trang-298458.html>

<sup>16</sup> Xử lý nghiêm các hành vi lợi dụng dịch bệnh để trục lợi

<https://baotintuc.vn/thoi-su/xu-ly-nghiem-cac-hanh-vi-loi-dung-dich-benh-de-truc-loi-20200216155409542.html>

bán hàng hóa, dịch vụ có giá trị thanh toán từ 200.000 đồng trở lên cho người mua theo quy định; không xuất trình hóa đơn khi bán hàng hóa, dịch vụ theo quy định, mức phạt tiền và truy thu thuế; kinh doanh hàng hóa có nhãn không ghi đủ các nội dung bắt buộc phải thể hiện trên nhãn hàng hóa theo quy định. Tổng số tiền xử phạt và truy thu thuế: 47.700.000 đồng<sup>17</sup>.

Theo quy định tại Điều 196 của Bộ luật hình sự năm 2015 (sửa đổi năm 2017), chỉ xử phạt hình sự về tội đầu cơ khi “mua vét hàng hóa thuộc danh mục mặt hàng bình ổn giá hoặc thuộc danh mục hàng hóa được Nhà nước định giá nhằm bán lại để thu lợi bất chính”. Việc bình ổn giá hàng hóa thông thường không phải là việc của thương nhân, mà là nghĩa vụ của Nhà nước, theo Luật giá năm 2012. Trong khi đó các chế tài xử phạt những hành vi xâm phạm quyền lợi của người tiêu dùng như chưa phát huy được hết sức mạnh và chưa đầy đủ (Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng đã có hiệu lực được gần 10 năm nhưng vẫn chưa được thực thi nghiêm); bên cạnh đó, một phần cũng do NTD đã quá lo lắng với dịch bệnh, lo bảo vệ được mình, nên khi quyền lợi bị xâm phạm cũng không mấy mặn mà với việc khiếu nại, khiếu kiện, không nắm rõ quyền, nghĩa vụ của mình đã được pháp luật ghi nhận và bảo vệ; khi bị xâm phạm cũng không biết kêu với ai? khiếu nại ở đâu? một phần bởi các cơ quan chức năng, Hội bảo

vệ người tiêu dùng cũng chỉ tham gia với vai trò thương lượng khi có đơn khiếu kiện... tất cả dường như bế tắc... các chế tài xử phạt của pháp luật chưa đủ mạnh<sup>18</sup>, còn thiếu; các cơ quan quản lý nhà nước và thực thi pháp luật còn xử lý chưa nghiêm, chưa dứt điểm, còn đẩy trách nhiệm cho nhau... nên rất nhiều doanh nghiệp làm ăn phi pháp không ngừng lợi dụng những kẽ hở và bất cập đó tiếp tục thực hiện những hành vi bất hợp pháp... xâm hại quyền lợi người tiêu dùng<sup>19</sup>.

## 2. Người tiêu dùng cần hiểu luật để bảo vệ mình

Trước những vụ việc xâm phạm quyền lợi NTD trong thời gian qua, pháp luật bảo vệ quyền lợi NTD (bảo vệ NTD trong các giao dịch tiêu dùng truyền thống và bảo vệ NTD khi tham gia giao dịch qua mạng điện tử<sup>20</sup>) đã và đang từng bước được hoàn thiện nhằm đảm bảo quyền và lợi ích của NTD với nguyên tắc: “Bảo vệ quyền lợi NTD là trách nhiệm chung của Nhà nước và toàn xã hội”<sup>21</sup> và chính sách của Nhà nước là: “Tạo điều kiện thuận lợi để tổ chức, cá nhân chủ động tham gia vào việc bảo vệ quyền lợi NTD”<sup>22</sup>.

Luật bảo vệ quyền lợi NTD năm 2010 (Luật) và các Nghị định hướng dẫn thi hành ra đời là bước ngoặt lớn để xã hội hóa công tác bảo vệ NTD, là công cụ thực sự mạnh mẽ và cần thiết đối với việc bảo vệ quyền lợi của NTD, tạo tâm lý yên tâm khi trao đổi, mua bán trên thị trường... và bảo vệ các nhà sản xuất

<sup>17</sup> Đắc Lắc: Bán khẩu trang đất gấp 4 lần, một công ty bị phạt 50 triệu đồng.

<https://dantri.com.vn/kinh-doanh/dak-lak-ban-khau-trang-dat-gap-4-lan-mot-cong-ty-bi-phat-50-trieu-dong-20200214093654695.html>

<sup>18</sup> Điều 17, Nghị định số 109/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn quy định: “Hành vi lợi dụng khủng hoảng kinh tế, thiên tai, dịch họa, hỏa hoạn, dịch bệnh và điều kiện bất thường, lợi dụng chính sách của Nhà nước để định giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý: 1. Phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 30.000.000 đồng đối với hành vi lợi dụng khủng hoảng kinh tế, thiên tai, dịch họa, hỏa hoạn, dịch bệnh và điều kiện bất thường khác, lợi dụng chính sách của Nhà nước để định giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý; 2. Biện pháp khắc phục hậu quả: Buộc nộp vào ngân sách nhà nước số tiền thu lợi do định giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý”.

<sup>19</sup> Xem: Hà Nội: Tiếp tục phát hiện các cơ sở, cá nhân đẩy giá khẩu trang

<http://vanhoonline.com.vn/%C4%91oi-song/artmid/2070/articleid/25904/ha-noi-tiep-tuc-phat-hien-cac-co-so-ca-nhan-day-gia-khau-trang>.

<sup>20</sup> Vũ Hải Việt, “Bảo vệ người tiêu dùng khi tham gia giao dịch qua mạng điện tử” đăng trên Tạp chí Dân chủ và Pháp luật - Số chuyên đề - Tháng 1/2014.

<sup>21</sup> Khoản 1 Điều 4 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>22</sup> Khoản 1 Điều 5 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010.



kinh doanh chân chính, góp phần vào sự phát triển lành mạnh của thị trường và định hướng phát triển kinh tế của đất nước. Tác giả xin trích dẫn một số quy định cơ bản của Luật NTD cần biết để bảo vệ mình, cụ thể:

**2.1. Quy định về quyền và nghĩa vụ của người tiêu dùng**

Theo quy định của Luật thì NTD có các quyền và nghĩa vụ sau:

**Thứ nhất, về quyền của NTD<sup>23</sup>:**

- Được bảo đảm an toàn tính mạng, sức khỏe, tài sản, quyền, lợi ích hợp pháp khác khi tham gia giao dịch, sử dụng hàng hóa, dịch vụ do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ cung cấp.

- Được cung cấp thông tin chính xác, đầy đủ về tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; nội dung giao dịch hàng hóa, dịch vụ; nguồn gốc, xuất xứ hàng hóa; được cung cấp hóa đơn, chứng từ, tài liệu liên quan đến giao dịch và thông tin cần thiết khác về hàng hóa, dịch vụ mà NTD đã mua, sử dụng.

- Lựa chọn hàng hóa, dịch vụ, tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ theo nhu cầu, điều kiện thực tế của mình; quyết định tham gia hoặc không tham gia giao dịch và các nội dung thỏa thuận khi tham gia giao dịch với tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ.

- Góp ý kiến với tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ về giá cả, chất lượng hàng hóa, dịch vụ, phong cách phục vụ, phương thức giao dịch và nội dung khác liên quan đến giao dịch giữa người tiêu dùng và tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ.

- Tham gia xây dựng và thực thi chính sách, pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

- Yêu cầu bồi thường thiệt hại khi hàng hóa, dịch vụ không đúng tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật, chất lượng, số lượng, tính năng, công dụng, giá cả hoặc nội dung khác mà tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đã công bố, niêm yết, quảng cáo hoặc cam kết.

- Khiếu nại, tố cáo, khởi kiện hoặc đề nghị tổ chức xã hội khởi kiện để bảo vệ quyền lợi của mình theo quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

- Được tư vấn, hỗ trợ, hướng dẫn kiến thức về tiêu dùng hàng hóa, dịch vụ.

NTD cần phải ghi nhớ 8 quyền của mình đã được Luật quy định để tự bảo vệ chính mình - bảo vệ tính mạng, sức khỏe, tài sản, quyền, lợi ích hợp pháp khác khi tham gia giao dịch, sử dụng hàng hóa, dịch vụ do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ cung cấp khác...

Ngoài ra, NTD còn được bảo đảm an toàn, bí mật thông tin của mình khi tham gia giao dịch, sử dụng hàng hóa, dịch vụ, trừ trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền yêu cầu<sup>24</sup>.

**Thứ hai, về nghĩa vụ của người tiêu dùng<sup>25</sup>:**

- Kiểm tra hàng hóa trước khi nhận; lựa chọn tiêu dùng hàng hóa, dịch vụ có nguồn gốc, xuất xứ rõ ràng, không làm tổn hại đến môi trường, trái với thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội, không gây nguy hại đến tính mạng, sức khỏe của mình và của người khác; thực hiện chính xác, đầy đủ hướng dẫn sử dụng hàng hóa, dịch vụ.

- Thông tin cho cơ quan nhà nước, tổ chức, cá nhân có liên quan khi phát hiện hàng hóa, dịch vụ lưu hành trên thị trường không bảo đảm an toàn, gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe, tài sản của người tiêu dùng; hành vi của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ xâm phạm đến quyền, lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng.

**2.2. Quy định về trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ trong việc cung cấp thông tin về hàng hóa, dịch vụ cho người tiêu dùng<sup>26</sup>**

- Ghi nhãn hàng hóa theo quy định của pháp luật.

- Niêm yết công khai giá hàng hóa, dịch vụ tại địa điểm kinh doanh, văn phòng dịch vụ.

<sup>23</sup> Điều 8 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>24</sup> Khoản 1 Điều 6 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>25</sup> Điều 9 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>26</sup> Điều 12, Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

- Cảnh báo khả năng hàng hóa, dịch vụ có ảnh hưởng xấu đến sức khỏe, tính mạng, tài sản của người tiêu dùng và các biện pháp phòng ngừa.

- Cung cấp thông tin về khả năng cung ứng linh kiện, phụ kiện thay thế của hàng hóa.

- Cung cấp hướng dẫn sử dụng; điều kiện, thời hạn, địa điểm, thủ tục bảo hành trong trường hợp hàng hóa, dịch vụ có bảo hành.

- Thông báo chính xác, đầy đủ cho người tiêu dùng về hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trước khi giao dịch.

Ngoài ra, tổ chức cá nhân, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ còn phải: Cung cấp bằng chứng giao dịch<sup>27</sup>; bảo hành hàng hóa, linh kiện, phụ kiện<sup>28</sup>; thu hồi hàng hóa có khuyết tật<sup>29</sup>; bồi thường thiệt hại do hàng hóa có khuyết tật gây ra<sup>30</sup> và không được vi phạm “các hành vi bị cấm”<sup>31</sup> được quy định trong Luật.

### **2.3. Quy định về trách nhiệm của cơ quan lý nhà nước về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng**

Luật Bảo vệ quyền lợi của NTD quy định: “Bảo vệ quyền lợi NTD là trách nhiệm chung của Nhà nước và toàn xã hội”<sup>32</sup>, “Cơ quan quản lý nhà nước phải có trách nhiệm giải quyết yêu cầu bảo vệ quyền lợi của NTD”<sup>33</sup>. Trên cơ sở đó, Luật cũng quy định: “Tổ chức xã hội thành lập theo quy định của pháp luật và hoạt động theo điều lệ được tham gia hoạt động bảo vệ NTD”<sup>34</sup> và được Nhà nước: “Tạo điều kiện thuận lợi để tổ chức, cá nhân chủ động tham gia vào việc bảo vệ quyền lợi NTD”<sup>35</sup>. Theo đó: “Khi phát hiện hành vi vi phạm pháp luật

về bảo vệ quyền lợi NTD của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích của nhiều NTD, lợi ích công cộng thì NTD, tổ chức xã hội có quyền yêu cầu trực tiếp hoặc bằng văn bản đến cơ quan quản lý nhà nước về bảo vệ quyền lợi NTD cấp huyện nơi thực hiện giao dịch giải quyết”<sup>36</sup>, và “Cung cấp thông tin, bằng chứng có liên quan đến hành vi vi phạm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ”<sup>37</sup>.

### **3. Luật Bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010 cần được hoàn thiện theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013**

Qua những vụ việc nêu trên cho thấy Luật Bảo vệ quyền lợi NTD năm 2010 và các văn bản luật khác vẫn chưa được thực thi nghiêm túc, các chế tài xử phạt của pháp luật chưa đủ mạnh, còn thiếu, dường như “bảo vệ quyền lợi NTD chưa trở thành trách nhiệm chung của Nhà nước và toàn xã hội”<sup>38</sup>. Thậm chí còn có quan điểm cho rằng: nhiệm vụ bảo vệ quyền lợi NTD là của Hội Bảo vệ quyền lợi NTD các cấp; chưa ý thức được rằng bảo vệ quyền lợi NTD chính là bảo vệ nhân dân, bảo vệ con người, từ trẻ em cho đến người già, mọi tầng lớp trong xã hội, đồng thời góp phần bảo vệ các nhà sản xuất kinh doanh chân chính; chưa xem Hội Bảo vệ quyền lợi NTD là một tổ chức có nhiệm vụ tham gia công tác bảo vệ quyền lợi người NTD là “cánh tay nối dài của cơ quan Nhà nước trong công tác quản lý và bảo vệ quyền lợi NTD”...

Lúc sinh thời Bác Hồ đã từng nói: “Việc gì có lợi cho dân thì phải hết sức làm. Việc gì có

<sup>7</sup> Điều 20 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>28</sup> Điều 21 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>29</sup> Điều 22 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>30</sup> Điều 23 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>31</sup> Điều 10 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>32</sup> Khoản 1, Điều 4 Luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010.

<sup>33</sup> Điều 26 Luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010.

<sup>34</sup> Điều 27, Điều 28, Điều 29 và Chương III – Trách nhiệm của tổ chức xã hội trong việc tham gia bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng - Luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010.

<sup>35</sup> Khoản 1, Điều 5 Luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010.

<sup>36</sup> Khoản 1, Điều 25 Luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010.

<sup>37</sup> Khoản 2, Điều 25 - Luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010.

<sup>38</sup> Khoản 1, Điều 4 Luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010.



hại cho dân thì phải hết sức tránh”<sup>39</sup>. Nhà nước đã coi việc “Bảo vệ quyền lợi NTD là trách nhiệm chung của Nhà nước và toàn xã hội”<sup>40</sup>, nhiệm vụ đó đã được ghi nhận và khẳng định hơn nữa tại Chương 2 - Hiến pháp năm 2013 về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân.

Theo đó: Nhà nước bảo đảm và phát huy quyền làm chủ của nhân dân; công nhận tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân<sup>41</sup>; quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia; vì trật tự, an toàn xã hội; vì đạo đức xã hội và vì sức khỏe của cộng đồng<sup>42</sup>; “mọi người có nghĩa vụ tôn trọng quyền của người khác”<sup>43</sup>; đó là quyền được sống, quyền được bảo vệ thân thể, tính mạng, sức khỏe<sup>44</sup>,....

Nghiêm cấm các hành vi đe dọa cuộc sống, sức khỏe của người khác và của cộng đồng<sup>45</sup>, các hành vi lợi dụng hoàn cảnh khó khăn của NTD hoặc lợi dụng thiên tai, dịch bệnh để cung cấp hàng hóa, dịch vụ không bảo đảm chất lượng. Khi phát hiện có những việc làm trái luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân... mọi người có quyền khiếu nại tố cáo với cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền và có quyền được bồi thường về thiệt hại do hành vi trái luật gây ra... Cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền phải tiếp nhận giải quyết khiếu nại, tố cáo...<sup>46</sup>.

**TÀI LIỆU THAM KHẢO**

1. Tạp chí Dân chủ và Pháp luật Số chuyên đề về Bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng - Tháng 1/2014;
2. Hồ Chí Minh: Toàn tập, tập 4, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, năm 2000.

<sup>39</sup> Chiến thắng: “Sao cho được lòng dân?”- Hồ Chí Minh: Toàn tập, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2000, T4 tr.55.

<sup>40</sup> Khoản 1, Điều 4 Luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010.

<sup>41</sup> Điều 3 Hiến pháp năm 2013.

<sup>42</sup> Khoản 2, Điều 14 Hiến pháp năm 2013.

<sup>43</sup> Khoản 2, Điều 15 - Hiến pháp năm 2013.

<sup>44</sup> Điều 19, Điều 20 - Hiến pháp năm 2013.

<sup>45</sup> Khoản 2, Điều 38 - Hiến pháp năm 2013.

<sup>46</sup> Điều 30 - Hiến pháp năm 2013 TTT.

**MỘT SỐ BÌNH LUẬN, TRAO ĐỔI VÀ GÓP Ý CHO DỰ THẢO  
LUẬT HÒA GIẢI, ĐỐI THOẠI TẠI TÒA ÁN**

*(Tiếp theo trang 38)*

**7. Về chấm dứt hòa giải, đối thoại (Điều 26 dự thảo luật)**

Điều 26 dự thảo luật này quy định: Việc hòa giải, đối thoại chấm dứt khi thuộc một trong các trường hợp sau đây:

1. Hòa giải thành, đối thoại thành;
2. Hòa giải không thành, đối thoại không thành;
3. Một bên hoặc các bên không đồng ý tiếp tục hòa giải, đối thoại hoặc vắng mặt sau hai lần được thông báo về việc hòa giải, đối thoại mà không có lý do chính đáng;
4. Trong quá trình hòa giải phát hiện vụ việc không được hòa giải theo quy định của luật;
5. Người nộp đơn khởi kiện, đơn yêu cầu rút đơn khởi kiện, đơn yêu cầu.

Về cơ bản Điều 26 của dự thảo luật đã đưa ra được các trường hợp chấm dứt hòa giải, đối

thoại tại tòa án. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng trong trường hợp một bên hoặc các bên tranh chấp là cá nhân chết, hoặc là cơ quan, tổ chức đã hợp nhất, sáp nhập, chia, tách, giải thể mà không có cá nhân, cơ quan, tổ chức, kế thừa quyền, nghĩa vụ tố tụng dân sự thì cũng cần chấm dứt hòa giải, đối thoại. Do đó, cần bổ sung vào Điều 26 tinh hướng này. Cụ thể là cần bổ sung thêm vào Điều 26 của dự thảo luật này khoản: “6. Trong quá trình hòa giải, một bên hoặc các bên là cá nhân chết, hoặc là cơ quan, tổ chức đã hợp nhất, sáp nhập, chia, tách, giải thể mà không có cá nhân, cơ quan, tổ chức, kế thừa quyền, nghĩa vụ tố tụng dân sự”.

Trên đây là một số trao đổi bình luận và đóng góp ý kiến cho dự Luật hòa giải, đối thoại tại tòa án./.

## MỘT SỐ ĐIỂM MỚI TRONG BỘ QUY TẮC ĐẠO ĐỨC VÀ ỨNG XỬ NGHỀ NGHIỆP LUẬT SƯ VIỆT NAM NĂM 2019

Lê Mai Anh<sup>1</sup>

Tống Thị Thanh Thanh<sup>2</sup>

**Tóm tắt:** Ngày 13/12/2019, Hội đồng Luật sư toàn quốc, Liên đoàn Luật sư Việt Nam đã ra Quyết định 201/QĐ-HĐLSTQ về việc ban hành “Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam” (sau đây gọi tắt là Bộ quy tắc năm 2019), thay thế Quyết định số 68/QĐ-HĐLSTQ của Hội đồng Luật sư toàn quốc về việc ban hành “Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam” vào ngày 20/7/2011 (sau đây gọi tắt là Bộ quy tắc năm 2011). Bộ quy tắc năm 2019 chứa đựng các giá trị chuẩn mực về đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư, đồng thời là căn cứ để giám sát, xem xét khen thưởng, giải quyết khiếu nại, tố cáo và xử lý kỷ luật đối với luật sư, áp dụng trong phạm vi tổ chức xã hội, nghề nghiệp luật sư. Bài viết dưới đây cập nhật những thay đổi cơ bản của Bộ quy tắc năm 2019 để ứng dụng vào chương trình đào tạo nghề Luật sư tại Học viện Tư pháp.

**Từ khóa:** Bộ quy tắc; luật sư; đạo đức và ứng xử nghề nghiệp.

Nhận bài 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 20/02/2020; Duyệt đăng: ...

**Abstract:** On December 13, 2019, the National Council of Lawyers and Vietnam Bar Federation issued Decision No. 201/QĐ-HĐLSTQ on promulgating “Code of Ethics and Professional Conduct of Vietnam Lawyers” (hereinafter referred to as the 2019 Code), replacing Decision No. 68/QĐ-HĐLSTQ of National Council of Lawyers on promulgating “Code of Ethics and Professional Conduct of Vietnam Lawyers” on July 20, 2011 (hereinafter referred to as the 2011 Code). The 2019 Code contains the moral values and professional conduct of lawyers, being the basis for supervision, consideration of commendation, settlement of complaints, denunciations and disciplinary actions on lawyers, which is applicable within their social and professional organizations. The following article updates the fundamental changes of the 2019 Code to be applied to Training programmes for Lawyers at Judicial Academy.

**Keywords:** The Code; Lawyer; Ethics and professional conduct.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 20/03/2020; Date of Approval: ...

Hiện nay, ở các quốc gia cũng như tại Việt Nam, các tổ chức xã hội – nghề nghiệp của luật sư đều có “Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư” để điều chỉnh hoạt động hành nghề của luật sư. Bộ Quy tắc chứa đựng “Hệ giá trị chuẩn mực” về hành vi đạo đức, lối sống và cách ứng xử nghề nghiệp mà mỗi luật sư phải tôn trọng, tuân thủ nghiêm ngặt, tự nguyện thực hiện khi giao tiếp với khách hàng, đồng nghiệp, cơ quan nhà nước, cơ quan tiến hành tố tụng và các chủ thể khác trong xã hội. Đối với cá nhân luật sư, hành xử chuẩn mực về

đạo đức trong hoạt động nghề nghiệp thể hiện uy tín nghề nghiệp, thanh danh luật sư và tính nêu gương đối với sự thượng tôn pháp luật, xứng đáng với niềm tin công lý mà xã hội đặt ở luật sư. Đối với Liên đoàn Luật sư Việt Nam và các Đoàn luật sư địa phương thì tính chất, mức độ của việc tuân thủ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp là một trong số căn cứ để xem xét khen thưởng, giải quyết khiếu nại, tố cáo và xử lý kỷ luật luật sư. Với ý nghĩa quan trọng đó, trải qua ba thập kỷ cải cách tư pháp ở Việt Nam, nhất là từ sau khi Luật Luật sư

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Giảng viên, Khoa Đào tạo Luật sư, Học viện Tư pháp.

<sup>2</sup> Thạc sỹ, Giảng viên, Khoa Đào tạo Luật sư, Học viện Tư pháp.



năm 2006 được ban hành, việc xây dựng văn bản về quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam đã qua ba lần xây dựng, ban hành và chỉnh sửa, bổ sung<sup>3</sup>. Bộ quy tắc năm 2019 đã kế thừa và có sự đổi mới đáng kể, đảm bảo tính khả thi và ngày càng phù hợp với thực tiễn hành nghề của luật sư.

### 1. Về hình thức

Tổng thể chung thì Bộ quy tắc năm 2019 gồm “Lời nói đầu”, 6 chương và 32 quy tắc, không tăng về số lượng các chương so với Bộ quy tắc năm 2011 (vẫn gồm 6 chương), nhưng tăng về số lượng các quy tắc (gồm 32 quy tắc)<sup>4</sup>. Kết cấu của những quy tắc đảm bảo: (i) Tính khoa học, logic về hình thức và mối quan hệ giữa quy tắc chung với những quy tắc cụ thể; (ii) Rõ ràng, cụ thể về yêu cầu và cách hành xử chuẩn mực đạo đức, phù hợp về ứng xử nghề nghiệp; (iii) Có sự phân biệt về mức độ yêu cầu đối với luật sư (như việc cần làm, nên làm, buộc phải làm, không nên làm, không được làm); (iv) Gắn với việc đặt luật sư ở vị trí trung tâm của các mối quan hệ xã hội - nghề nghiệp.

Kết cấu cụ thể của nhiều chương trong bộ quy tắc mới được rà soát, chỉnh sửa, bổ sung theo những góc độ khác nhau: Thay thế, bổ sung một số quy tắc mới, như tại các chương 1, 2, 3; rà soát đưa ra khỏi Bộ quy tắc một số quy tắc không còn phù hợp, hoặc chỉnh sửa nội dung, cách diễn giải của một số quy tắc. Cùng với đó, Bộ quy tắc năm 2019 đã căn bản chỉnh sửa kết cấu của các chương chính theo cách thiết kế: Quy tắc chung, quy tắc riêng và tiêu quy tắc trong một số chương. Riêng đối với chương 2, ngoài chỉnh sửa theo cấu trúc này, phân các quy tắc riêng còn được kết cấu tương thích với từng giai đoạn của quá trình cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng: (1) Quy tắc về nhận vụ việc; (2) Quy tắc về thực hiện vụ

việc; (3) Quy tắc về kết thúc vụ việc. Những chương khác cũng có sự điều chỉnh theo hướng phù hợp với tính chất của mối quan hệ giữa luật sư với các chủ thể liên quan.

### 2. Về nội dung

Có thể nhận thấy Bộ quy tắc năm 2019 không đơn thuần chỉ có sự gia tăng về số lượng các quy tắc của một số chương. Tổng thể thì từ lời nói đầu cho đến từng chương, mục, quy tắc cụ thể đều thể hiện kết quả tích cực, đa chiều của việc rà soát, phân tích, tổng kết, đánh giá toàn diện hiệu quả điều chỉnh của Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư năm 2011 (viết tắt Bộ Quy tắc năm 2011) đối với hoạt động hành nghề của luật sư Việt Nam trong thời gian qua.

Bộ quy tắc năm 2019 tiếp thu, kế thừa và tái khẳng định giá trị cốt lõi của việc tôn trọng, bảo đảm quyền tự do hành nghề cho cá nhân luật sư mà Bộ quy tắc năm 2011 đã ghi nhận, đồng thời tiếp tục tái khẳng định những chuẩn mực đạo đức và ứng xử nghề nghiệp trong thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm, chức năng đối với sứ mệnh tôn trọng, bảo vệ lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích tốt nhất của khách hàng và cộng đồng xã hội của luật sư. Với cách tiếp cận đặt luật sư ở “trung tâm” các mối quan hệ trong hoạt động hành nghề, Bộ quy tắc 2019 không tạo thêm “áp lực” cho luật sư khi giao tiếp, xác lập, duy trì, phát triển các mối quan hệ đó mà về giá trị nghề nghiệp cốt lõi thì bộ quy tắc này sẽ trợ giúp tích cực cho từng luật sư trong việc có niềm tựa vững chắc về nền tảng thể chế đảm bảo cho quyền tự do hành nghề trên thị trường cung cấp dịch vụ pháp lý luật sư tại Việt Nam.

(1) “Lời nói đầu” và “Chương 1”.

Ở “Lời nói đầu” và tại “Chương 1”, Bộ quy tắc trang trọng khẳng định sứ mệnh nghề nghiệp, vị trí, vai trò, chức năng xã hội của luật

<sup>3</sup> Lần 1: Quy tắc mẫu về Đạo đức nghề nghiệp luật sư, (Ban hành kèm theo Quyết định số 356b/2002/QĐ-BT ngày 05 tháng 8 năm 2002 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp).

Lần 2: “Bộ Quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam, được Hội đồng luật sư toàn quốc ban hành ngày 20/7/2011 tại Quyết định số 68/QĐ-HĐLSSTQ.

Lần 3: “Bộ Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam” kèm theo Quyết định 201/QĐ-HĐLSSTQ.

<sup>4</sup> Bộ Quy tắc năm 2011 gồm có 27 quy tắc.

sự cùng với cam kết về bổn phận, vinh dự, trách nhiệm của đội ngũ luật sư Việt Nam trong việc lấy những chuẩn mực về đạo đức và ứng xử nghề nghiệp làm thước đo phẩm chất đạo đức, khuôn mẫu xử sự, tu dưỡng, rèn luyện để giữ gìn uy tín, thanh danh luật sư, xứng đáng với sự tôn vinh của xã hội. Chương này quy định các quy tắc chung mà luật sư phải tuân thủ trong hành nghề, đó là thực hiện và giữ gìn sự độc lập, trung thực, tôn trọng sự thật khách quan; giữ gìn danh dự, uy tín và phát huy truyền thống của nghề nghiệp, tham gia hoạt động cộng đồng một cách tích cực, nhất là đối với hoạt động trợ giúp pháp lý cho người dân.

Bộ quy tắc năm 2019 đã chuẩn hóa lại một số thuật ngữ mang tính chính trị - pháp lý. Cụ thể, “Lời nói đầu” khẳng định, hoạt động nghề nghiệp của luật sư góp phần bảo vệ công lý, bảo vệ độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc<sup>5</sup>. Tương tự, bộ quy tắc cũng đã bổ sung cụm từ “xã hội” khi khẳng định, nghề nghiệp luật sư “góp phần phát triển kinh tế - xã hội, vì sự nghiệp dân giàu, nước mạnh, xã hội dân chủ, công bằng, văn minh. Về kỹ thuật xây dựng văn bản, những khuyết thiếu được bổ sung nêu trên là cần thiết đối với văn kiện mang ý nghĩa chính trị, pháp lý và đạo đức nghề nghiệp.

Sau hơn ba thập kỷ đất nước đổi mới, mở cửa và thực hiện cải cách tư pháp, “vượt qua nhiều khó khăn, thách thức, các luật sư đã đóng góp tích cực vào công cuộc xây dựng và bảo vệ tổ quốc. Ngày 14/01/2013, Thủ tướng Chính phủ ký Quyết định số 149/QĐ-TTg lấy ngày 10 tháng 10 hàng năm là ngày truyền thống của luật sư Việt Nam. Đây là mốc son chói lọi của nghề luật sư sau hơn 70 năm ra đời, phát triển trong thể chế dân chủ ở Việt

Nam”<sup>6</sup>. Lịch sử của hơn 70 năm cống hiến to lớn của đội ngũ luật sư Việt Nam nói trên được “khái quát hóa” trong sứ mệnh của luật sư và ghi nhận lần đầu tiên tại Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư<sup>7</sup>. Bên cạnh sứ mệnh luật sư, chương này còn bổ sung quy tắc mới mang tính chất cam kết rằng, luật sư luôn sẵn sàng và tích cực tham gia vào những hoạt động vì lợi ích chung của cộng đồng xã hội, phù hợp với nghề nghiệp. Những điều này có một ý nghĩa chính trị, pháp lý và đạo lý nghề nghiệp cực kỳ quan trọng, bởi đây chính là sự nhắc nhở, thôi thúc các luật sư khi thực hiện quyền tự do hành nghề của mình trên thị trường dịch vụ pháp lý phải luôn gắn với ý thức sâu sắc và trách nhiệm đầy đủ về vị trí, vai trò, chức năng xã hội – nghề nghiệp mà luật sư gánh vác, sao cho thật sự xứng đáng với sự tin tưởng của toàn xã hội. Hai điểm mới trong chương 1, Bộ quy tắc năm 2019 cũng thể hiện sự cam kết mạnh mẽ từ tổ chức xã hội – nghề nghiệp luật sư về một tầm nhìn phát triển mới để đồng hành cùng dân tộc trong giai đoạn phát triển tiếp theo của đất nước.

#### (2) Chương 2 (quan hệ với khách hàng).

Chương 2 ghi nhận các quy tắc về “Quan hệ với khách hàng” của luật sư, bao gồm 11 quy tắc lớn, 30 quy tắc nhỏ, 17 tiêu quy tắc, theo 4 mục (các quy tắc cơ bản, các quy tắc khi nhận vụ việc; thực hiện và kết thúc vụ việc). Nội dung của chương được rà soát, chỉnh sửa và bổ sung mới theo hướng cụ thể, rõ ràng, sát hơn với thực tiễn hành nghề, nhằm tăng cường hiệu quả thực hiện quyền độc lập, tự do hành nghề song hành với đảm bảo sự tôn trọng và đáp ứng yêu cầu bảo vệ tốt nhất lợi ích khách hàng đối với giao dịch cung cấp dịch vụ pháp lý mà luật sư thực hiện.

<sup>5</sup> “Lời nói đầu” Bộ quy tắc 2011, khái niệm độc lập, chủ và toàn vẹn lãnh thổ đã bỏ qua cụm từ “thống nhất” khi đề cập tới chủ quyền quốc gia – dân tộc. Đây là một khiếm khuyết cần được khắc phục từ góc nhìn của khoa học pháp lý quốc gia và quốc tế.

<sup>6</sup> “Sổ tay luật sư”, Tập 1 - Liên đoàn luật sư Việt Nam & Jica pháp luật 2020, Nxb Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, năm 2017, Tr.24.

<sup>7</sup> Quy tắc 1, “Bộ Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam” kèm theo Quyết định 201/QĐHĐLSTQ.



Trên thế giới cũng như ở Việt Nam hiện nay, việc xây dựng quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư “luôn theo những nền tảng đã chọn lựa và dựa trên các truyền thống nhưng được thay đổi cách thực hiện cho phù hợp với hiện tại”<sup>8</sup>. Với cách tiếp cận đó, quy tắc về quan hệ với khách hàng trong Bộ quy tắc năm 2019 có những điểm mới căn bản sau:

**Thứ nhất, quy tắc giao dịch với khách hàng liên quan đến “Thù lao”.** Theo quy tắc mới, luật sư có bổn phận và trách nhiệm phải giải thích (thay vì theo quy tắc cũ là tư vấn) cho khách hàng về thù lao sử dụng dịch vụ pháp lý của luật sư<sup>9</sup>. Nội hàm của sự thay đổi này củng cố, khẳng định giá trị truyền thống của nghề nghiệp luật sư, một nghề luật mà người hành nghề lấy “*trình thần nghĩa hiệp, tính cách bất vụ lợi, tinh thần độc lập, đức tính ngay thẳng và chân thật*”<sup>10</sup> làm nền tảng đạo đức để thiết lập quan hệ với khách hàng. Trí tuệ, công sức luật sư bỏ ra để bảo vệ lợi ích hợp pháp cho khách hàng thực chất được “bù đắp” tương xứng không đơn thuần chỉ bằng chi phí sử dụng dịch vụ pháp lý mà khách hàng trả cho luật sư. Chi phí đó còn hàm chứa sự “biết ơn” của khách hàng đối với công sức, sự cống hiến và cả những “hy sinh” của luật sư cho sứ mệnh góp phần bảo vệ công lý, lẽ công bằng mà khách hàng chính là người được thụ hưởng những lợi ích này. Vì vậy, chi phí sử dụng dịch vụ pháp lý luật sư luôn mang ý nghĩa thù lao mà không phải là tiền công, tiền “mua” dịch vụ một cách đơn thuần. Vậy nên, bổn phận của luật sư giải thích cho khách hàng về các vấn đề thù lao có ý nghĩa gìn giữ, bảo vệ sự trong sạch và liêm chính của luật sư trước khách hàng, là giá trị tinh thần, đạo đức cao cả của nghề nghiệp luật sư.

**Thứ hai, về quy tắc “Xung đột về lợi ích” trong quan hệ luật sư và khách hàng.** Đây là nội dung ghi nhận sự phát triển về tư duy nghề

ng nghiệp rất căn bản qua các bản quy tắc đạo đức - ứng xử nghề nghiệp luật sư đã được ban hành. Tại quy tắc số 6 của bản “Quy tắc mẫu” năm 2002, cách hiểu về xung đột lợi ích đã đặt ra yêu cầu luật sư không được cung cấp dịch vụ pháp lý cho hai hoặc nhiều khách hàng trong cùng một vụ việc, khi quyền lợi của các khách hàng đó đối lập nhau hoặc quyền lợi của khách hàng đối lập với quyền lợi của người thân thích của luật sư đang thực hiện cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng, trừ trường hợp được các khách hàng đồng ý. Tới Bộ quy tắc năm 2011 thì vấn đề xung đột về lợi ích trong hành nghề luật sư được nhận diện là sự đối lập về quyền lợi vật chất hay tinh thần đã xảy ra hoặc có khả năng xảy ra giữa hai hay nhiều khách hàng của luật sư; giữa luật sư, nhân viên, vợ, chồng, con, cha mẹ, anh em của luật sư với khách hàng trong cùng một vụ việc hoặc trong những vụ việc khác có liên quan đến vụ việc đó. Và quy tắc về xung đột lợi ích buộc luật sư phải từ chối việc nhận cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng. So với bản quy tắc mẫu năm 2002 thì quy tắc năm 2011 mở rộng phạm vi áp dụng nguyên tắc này đến chính bản thân luật sư và nâng cấp yêu cầu đối với luật sư trong tình huống có xung đột về lợi ích bằng quy định phải triệt để không cung cấp dịch vụ pháp lý khi xuất hiện tình thế có xung đột lợi ích. Song, trên thực tế áp dụng, quy tắc xung đột lợi ích của Bộ quy tắc năm 2011 đã bộc lộ sự bất hợp lý trong cách hiểu và nhìn nhận về xung đột lợi ích, vì không phải hễ cứ có xung đột lợi ích là sẽ ảnh hưởng đến hiệu quả, chất lượng bảo vệ lợi ích cho khách hàng của luật sư.

Nhìn nhận lại vấn đề theo chiều hướng đa diện, biện chứng và đề cao sự phù hợp giữa nguyên tắc với thực tiễn hành nghề, Bộ quy tắc năm 2019 đã điều chỉnh lại cách tiếp cận đối với vấn đề xung đột về lợi ích. Xung đột về lợi ích theo cách hiểu của Bộ quy tắc năm 2019 là

<sup>8</sup> Luật sư Nguyễn Ngọc Bích, “*Tư duy pháp lý của luật sư*”, Nxb Trẻ năm 2015, Tr.435.

<sup>9</sup> Quy tắc 8, “*Bộ Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam*” kèm theo Quyết định 201/QĐHĐLSTQ.

<sup>10</sup> “*Tư duy pháp lý của luật sư*”, Tài liệu đã dẫn, tr.433.

trường hợp mà do sự chi phối tiêu cực từ việc có, bảo vệ hoặc giành lợi ích cũng như việc thực hiện nghĩa vụ của luật sư đối với khách hàng của mình (hiện tại, khách hàng cũ, bên thứ ba) làm cho luật sư bị hạn chế hoặc có khả năng bị hạn chế trong thực hiện nghĩa vụ giữ bí mật thông tin hoặc bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng.

Từ góc độ tâm lý chung cho thấy, một luật sư có thể sẽ khó giữ được sự vô tư, khách quan và tận tâm mà pháp luật và quy tắc đạo đức, ứng xử nghề nghiệp quy định khi nhận bảo vệ lợi ích cho hai khách hàng đối lập nhau về quyền và lợi ích hợp pháp trong cùng vụ việc hoặc giữa người đã từng là khách hàng của luật sư với người đang có yêu cầu luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Tâm lý này lại càng trở nên khó khăn hơn nếu luật sư phải đối diện với lợi ích của chính cá nhân hay của người thân thích của luật sư. Về phía khách hàng, trong những trường hợp như vậy, theo tâm lý thông thường, khách hàng không tránh khỏi việc hoài nghi, thiếu tin tưởng đối với luật sư. Do vậy, về nguyên tắc pháp luật cũng như quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp, đối với tình huống có xung đột về lợi ích thì ứng xử chung đối với luật sư là từ chối, không nhận vụ việc.

Nhưng trên thực tế, các vấn đề xung quanh tình huống này không hoàn toàn xuôi chiều theo một hướng. Trong những bối cảnh cụ thể, cách giải quyết vấn đề xung đột về lợi ích lại được xử lý trên cơ sở của việc “hóa giải” sự thiếu tin tưởng từ khách hàng đối với luật sư và khả năng loại bỏ sự tác động tiêu cực của việc lợi ích đang xung đột về lợi ích đến hiệu quả bảo vệ khách hàng của luật sư. Nói cách khác, khi khách hàng đủ sự tin tưởng để đặt việc bảo vệ lợi ích của họ vào khả năng, sự vô tư, chính trực và khách quan của luật sư, cộng với việc chính bản thân luật

tự tin vào bản thân để có sự đảm bảo chắc chắn cho việc đáp ứng tốt nhất các yêu cầu của khách hàng thì vấn đề xung đột lợi ích hoàn toàn do chính khách hàng và luật sư quyết định. Điều đó cũng có nghĩa quyền quyết định sử dụng dịch vụ pháp lý của luật sư trong tình huống này thuộc quyền tự định đoạt của khách hàng và luật sư. Sự “can dự” của thể chế pháp lý hay quy tắc đạo đức và ứng xử nghề luật trong tình huống như vậy mang ý nghĩa đảm bảo sự nghiêm minh của pháp luật, sự chuẩn mực về đạo đức nghề nghiệp của luật sư chứ không nên có ý nghĩa “quyết định thay” cho các chủ thể của “giao dịch dân sự đặc thù” này.

Có thể nhận thấy cách tiếp cận mới của Bộ quy tắc năm 2019 đối với trường hợp xung đột về lợi ích là “cách tiếp cận mở”, với quy định, luật sư không được nhận hoặc thực hiện vụ việc trong trường hợp có xung đột về lợi ích, trừ trường hợp được phép theo quy định của pháp luật hoặc theo Quy tắc này<sup>11</sup>, và theo quy tắc của bộ quy tắc mới thì cho phép luật sư có những lựa chọn khác nhau, tùy thuộc từng tình huống thực tế. Bộ Quy tắc dành cho luật sư sự chủ động để phát hiện, phòng tránh việc để xảy ra xung đột lợi ích ngoài ý muốn, nhưng có thể vẫn chấp nhận việc luật sư tiếp nhận yêu cầu cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng trong những tình huống tuy có xung đột lợi ích nhưng có sự chấp nhận bằng văn bản của khách hàng về việc yêu cầu luật sư cung cấp dịch vụ pháp lý, trừ các trường hợp tại quy tắc 15.4 của bộ quy tắc mới.

Ngoài điểm mới liên quan đến quy tắc xung đột về lợi ích, cần lưu ý thêm một số quy tắc mới khác liên quan đến các quy tắc về quan hệ với khách hàng trong Bộ Quy tắc năm 2019. Trước đây, “Quy tắc mẫu về đạo đức nghề nghiệp luật sư”, (*Ban hành kèm theo Quyết định số 356b/2002/QĐ-BT ngày 05 tháng 8*

<sup>11</sup> Quy tắc 15. *Xung đột về lợi ích*, “*Bộ Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam*” kèm theo Quyết định 201/QĐHĐLSTQ.



năm 2002 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp”, và sau này là Bộ quy tắc năm 2011 đã từng được quán triệt “Quy tắc bảy không”<sup>12</sup>, Đến Bộ quy tắc năm 2019, bên cạnh việc kế thừa các quy tắc đã có còn chỉnh sửa một số quy tắc với yêu cầu: (i) Luật sư cần có phản hồi rõ ràng, nhanh chóng cho khách hàng về yêu cầu tiếp nhận vụ việc; (ii) Luật sư *chỉ nhận* vụ việc theo điều kiện, khả năng chuyên môn của mình và thực hiện vụ việc trong phạm vi yêu cầu hợp pháp của khách hàng. Mức độ yêu cầu ứng xử của luật sư trong nhận vụ việc có hai cách hiểu về quy tắc này:

*Một là*, khuyến khích luật sư chỉ nhận vụ việc phù hợp với điều kiện, khả năng chuyên môn của cá nhân hoặc tổ chức hành nghề luật sư;

*Hai là*, việc luật sư nhận vụ việc không thích hợp về điều kiện và khả năng chuyên môn không thuộc danh mục quy tắc “những việc luật sư không được làm trong quan hệ với khách hàng”. Điều này có thể được hiểu, giao dịch cung cấp dịch vụ pháp lý là sự tự nguyện thỏa thuận giữa luật sư và khách hàng, nhưng với điều kiện không vi phạm điều cấm của pháp luật về luật sư và hành nghề luật sư, không vi phạm quy tắc của bộ quy tắc này và giao dịch giữa khách hàng và luật sư phải được ký kết hợp đồng dịch vụ pháp lý, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Trong hợp đồng phải xác định rõ yêu cầu của khách hàng, mức thù lao và những nội dung chính khác mà một hợp đồng dịch vụ pháp lý phải có theo quy định của pháp luật. Không những vậy, “luật sư có nghĩa vụ giải thích cho khách hàng biết về quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm

của họ trong quan hệ với luật sư; về tính hợp pháp trong yêu cầu của khách hàng; những khó khăn, thuận lợi có thể lường trước được trong việc thực hiện dịch vụ pháp lý; quyền khiếu nại và thủ tục giải quyết khiếu nại của khách hàng đối với luật sư”<sup>13</sup>.

(3) *Chương 3 (quan hệ với đồng nghiệp).*

*Chương 3 là các quy tắc về “quan hệ với đồng nghiệp” của luật sư*, với 8 quy tắc lớn, 19 quy tắc nhỏ và 9 tiêu quy tắc. Điểm lưu ý trong bộ quy tắc mới đó là một mặt loại giảm bớt những diễn giải mang tính thuyết giáo, mặt khác tập trung và đặt trọng tâm vào điều chỉnh những vấn đề thuộc bản chất quan hệ đồng nghiệp của luật sư, như tình đồng nghiệp, sự tôn trọng và hợp tác của luật sư, ứng xử phù hợp trong cạnh tranh nghề nghiệp, các hành xử phù hợp trong các mối quan hệ công việc với cá nhân luật sư, với tổ chức hành nghề, tổ chức quản lý hoạt động hành nghề và những điều luật sư không được làm trong quan hệ đồng nghiệp. Bộ Quy tắc năm 2019 còn hướng đến bảo vệ quyền lợi hợp pháp của cá nhân luật sư trong các hình thức hành nghề thực tế, như hành nghề với tư cách cá nhân.

Thời gian qua, khi áp dụng Bộ quy tắc năm 2011 cũng nảy sinh những vướng mắc liên quan đến quan hệ đồng nghiệp của giới luật sư. Do đó, khi sửa đổi, ban hành bộ quy tắc mới lần này, vấn đề quy tắc về quan hệ với đồng nghiệp của luật sư cũng rất được quan tâm. Điểm mới khá rõ liên quan đến quy tắc về chống hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong quan hệ đồng nghiệp của luật sư đã có sự cụ thể hóa ở quy tắc cấm luật sư thực hiện hành

<sup>12</sup> “Không cộng tác, kinh doanh cùng khách hàng; không vay mượn tiền, tài sản của khách hàng để sinh lợi cho mình; không soạn thảo hợp đồng để khách hàng tặng, cho mình hoặc người thân thích của mình tài sản của họ; không nhận tiền, tài sản của người khách để gây thiệt hại cho khách hàng của mình; không thuê người khác môi giới dân khách hàng cho mình; không tự mình hoặc cho người khác đến gia đình bị can, bị cáo để vận động họ thuê mình làm bào chữa; không hứa hẹn trước kết quả việc tham gia tố tụng nhằm mục đích lôi kéo khách hàng hoặc tăng thù lao; không đòi hỏi khách hàng bất kỳ khoản lợi ích gì ngoài thù lao đã thỏa thuận” – “Đạo đức nghề luật” – Học viện Tư pháp, Nxb Tư pháp, năm 2011, Tr.206 – 207.

<sup>13</sup> Quy tắc 10.4. “Bộ Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam” kèm theo Quyết định 201/QĐHĐLSTQ.

vi giành giật khách hàng<sup>14</sup>. Tương tự, bộ quy tắc mới cụ thể hóa quy tắc cấm luật sư tạo thành phe, nhóm giữa các luật sư để cô lập đồng nghiệp trong quá trình hành nghề, hoặc thực hiện hành vi liên kết, liên doanh, thành lập nhóm luật sư hoạt động trái với quy định của pháp luật về luật sư, Điều lệ Liên đoàn Luật sư Việt Nam và Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư.

(4) *Chương 4 “quan hệ với người và cơ quan tiến hành tố tụng”.*

*Chương 4 quy định về “quan hệ với người và cơ quan tiến hành tố tụng”* của luật sư, bao gồm 3 quy tắc lớn, 8 quy tắc nhỏ, quy định cách hành xử tôn trọng quyền tư pháp, sự thật khách quan của luật sư khi tham gia hoạt động tố tụng tại tòa án cũng như trong quá trình tác nghiệp bảo vệ lợi ích hợp pháp cho khách hàng. Các quy tắc trong chương này ràng buộc hành xử chuẩn mực của luật sư từ cả góc độ đạo đức nghề nghiệp và góc độ văn hóa tư pháp, nhằm hạn chế, loại bỏ việc gây ảnh hưởng tiêu cực đến hoạt động tư pháp, đảm bảo hiệu quả tối ưu cho thực thi chức năng bảo vệ lợi ích hợp pháp của khách hàng.

*Chương 5 và chương 6* cùng với cách tiếp cận như các chương đã nêu, đều tập trung chuẩn hóa cách ứng xử của luật sư trong quan hệ với cơ quan nhà nước khác và lĩnh vực thông tin, truyền thông cũng như việc quảng cáo thương hiệu nghề nghiệp. Đòi hỏi sự trung thực, chính xác, khách quan đối với luật sư trong hành xử ở lĩnh vực thông tin, truyền thông và quảng cáo là điểm nổi bật của các quy tắc trong hai chương này.

Bên cạnh quy tắc ngăn ngừa sự vi phạm trong hoạt động hành nghề của luật sư, Bộ Quy tắc năm 2019 còn chú trọng bảo vệ luật sư thực hiện quyền hành nghề của mình<sup>15</sup> và tạo quyền

chủ động để luật sư tham gia xây dựng “ngôi nhà chung” của giới luật sư<sup>16</sup>. Đây là điểm mới tiến bộ của bộ quy tắc này.

Ngoài những điểm mới nêu trên, về tổng thể, việc rà soát, chỉnh sửa bộ quy tắc cũ để ban hành Bộ quy tắc năm 2019 còn được thực hiện theo hướng chuẩn hóa nội dung của một số quy tắc cụ thể để tương thích với quy định pháp luật và đúng với tính chất công việc của luật sư trong hoạt động nghề nghiệp, như quy tắc 27, 28. Cùng với đó, bộ quy tắc mới cũng loại bỏ một số quy tắc không còn phù hợp, như quy tắc luật sư không được từ chối vụ việc đã đảm nhận theo yêu cầu của tổ chức trợ giúp pháp lý, của các cơ quan tiến hành tố tụng, trừ trường hợp theo quy định của pháp luật; quy tắc luật sư phải từ chối nhận vụ việc khi không đủ khả năng chuyên môn hoặc điều kiện thực tế để thực hiện vụ việc. Cùng với những bổ sung mới, những điều chỉnh này góp phần hoàn thiện các quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư tại Việt Nam./.

#### **TÀI LIỆU THAM KHẢO**

1. LS. Nguyễn Ngọc Bích, “Tư duy pháp lý của luật sư”, Nxb Trẻ, năm 2015.
2. Bộ trưởng Bộ Tư pháp, Quyết định số 356b/2002/QĐ-BT “Quy tắc mẫu về Đạo đức nghề nghiệp luật sư”, 05/08/2002.
3. Hội đồng luật sư toàn quốc, Liên đoàn luật sư Việt Nam, Quyết định 68/QĐ-HĐLSTQ ngày 20/7/2011, “Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam”.
4. Hội đồng luật sư toàn quốc, Liên đoàn luật sư Việt Nam Quyết định 201/QĐ-HĐLSTQ, ngày 13/12/2019, “Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam”.
5. Liên đoàn luật sư Việt Nam & Jica pháp luật 2020, “Sổ tay luật sư”, Tập 1 - Nxb Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, năm 2017.

<sup>14</sup> Quy tắc 21.5 “*Bộ Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam*” kèm theo Quyết định số 201/QĐHĐLSTQ.

<sup>15</sup> Quy tắc 23 Ứng xử của luật sư hành nghề với tư cách cá nhân, Quy tắc đã dẫn.

<sup>16</sup> Quy tắc 25.2 Quy tắc đã dẫn.



## MỘT SỐ VƯỚNG MẮC TRÊN THỰC TIỄN KHI TRIỂN KHAI BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015, SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017

Nguyễn Thanh Mai<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Bộ luật hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 có hiệu lực thi hành 01/01/2018 (Sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015). Sau hơn 02 năm BLHS năm 2015 được triển khai trên thực tiễn, những quy định mới của BLHS năm 2015 đã tháo gỡ được nhiều vấn đề mà BLHS năm 1999 quy định còn gây nhiều khó khăn trong quá trình giải quyết vụ án hình sự như: Vấn đề xử lý trách nhiệm hình sự trong các vụ án đồng phạm; Vấn đề thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự; quy định về miễn trách nhiệm hình sự hoặc quy định rõ hơn về “phạm tội nhiều lần” bằng việc chỉ rõ số lần để tránh tranh cãi trong quá trình giải quyết vụ án. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được của BLHS năm 2015, thực tiễn khi giải quyết các vụ án hình sự vẫn còn tồn tại một số vướng mắc khi áp dụng quy định của BLHS năm 2015, trong đó nổi lên là vấn đề vướng mắc về áp dụng, viện dẫn điều luật giữa hai BLHS năm 1999 và năm 2015. Trong bài viết này, chúng tôi xin nêu lên một vài vướng mắc cần thống nhất giải quyết trên thực tiễn nhằm bảo đảm quyền và lợi ích của những người bị buộc tội.

**Từ khóa:** Bộ luật hình sự, vướng mắc khi triển khai, điều tra, truy tố, xét xử.

Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 25/03/2020; Duyệt đăng:

**Abstract:** The 2015 Penal Code, amended and supplemented in 2017 takes effect January 1, 2018 (hereinafter referred to as the 2015 Penal Code). After more than 02 years of being implemented in practice, the new provisions of the 2015 Penal Code have solved many problems that the 1999 Penal Code still causes many difficulties in process of resolving a criminal case in practice, such as: the issue of handling criminal responsibility in accomplices' cases; The statute of limitations for prosecuting criminal liability; Provisions on exemption from criminal liability or more explicit provisions on “repeated offenses” by specifying the number of times to avoid controversy in the course of resolving a case. However, besides the achievements of the 2015 Penal Code, there are still a number of obstacles when dealing with criminal cases when applying the provisions of the 2015 Penal Code including problem emerged regarding to the application and citation of laws between the Penal Code 1999 and 2015. In this article, we would like to raise a few problems that need to be unanimously resolved in practice. to ensure the rights and interests of the accused.

**Keywords:** Criminal Code, problems when deploying, investigate, prosecute, judge.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 25/03/2020; Date of Approval: ...

BLHS năm 2015 được sửa đổi bổ sung năm 2017 đã có hiệu lực hơn 02 năm. Trong quá trình triển khai thi hành BLHS này, chúng tôi nhận thấy còn có một số vướng mắc, bất cập cần phải sửa đổi, bổ sung và hướng dẫn để bảo đảm cho việc áp dụng pháp luật được thống nhất. Trong bài viết này, chúng tôi đề cập đến một số nội dung vướng mắc, như: Vấn đề xác định thời hiệu của BLHS để khởi tố vụ án, khởi tố bị can cho chính xác; vấn đề về tổng hợp

hình phạt của nhiều bản án trong đó có bản án kết tội khi người phạm tội dưới 18 tuổi và có bản án kết tội khi người phạm tội đã trên 18 tuổi; vướng mắc về các quy định không cho hưởng án treo. Cụ thể như sau:

### 1. Xác định thời hiệu theo quy định của Bộ luật hình sự để khởi tố vụ án, khởi tố bị can

**Vấn đề thứ nhất:** Một người thực hiện hành vi phạm tội trước 00h ngày 01/01/2018, tuy nhiên hành vi phạm tội đó vẫn đang tiếp diễn

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Giảng viên Khoa Đào tạo Luật sư, Học viện Tư pháp.

(trên cùng đối tượng tác động). Sau 00h ngày 01/01/2018, các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng mới phát hiện ra hành vi phạm tội đó, xác định có dấu hiệu tội phạm và cần truy cứu trách nhiệm hình sự. Vấn đề đặt ra là trong trường hợp này sẽ khởi tố vụ án, khởi tố bị can đối với đối tượng theo điều khoản quy định tại BLHS năm 1999 hay BLHS năm 2015 (?).

Ví dụ: Hành vi của Nguyễn Văn A (Giám đốc ngân hàng X) cấu kết với một số người dưới quyền lập khống chứng từ, hóa đơn để chiếm đoạt tiền của Nhà nước. Việc rút tiền được thực hiện từ năm 2017 kéo dài đến năm 2019 mới bị phát hiện và tiến hành điều tra xác minh về hành vi này. Cơ quan điều tra sau một thời gian tiến hành điều tra theo quy định của pháp luật đã xác định A và đồng bọn phạm tội tham ô tài sản. Việc khởi tố A cùng đồng bọn sẽ theo Điều 278 BLHS năm 1999 hay Điều 353 BLHS năm 2015? Về vấn đề này hiện nay đang có quan điểm khác nhau như sau:

**Quan điểm thứ nhất:** Cần tách chuỗi hành vi nêu trên thành hai giai đoạn, giai đoạn trước 00h ngày 01/01/2018 và giai đoạn từ sau 00h ngày 01/01/2018 để giải quyết. Thời điểm hành vi phạm tội thực hiện trước 00h ngày 01/01/2018 sẽ bị khởi tố theo Điều 278 BLHS năm 1999, thời điểm hành vi đó thực hiện từ sau 00h ngày 01/01/2018 sẽ khởi tố theo Điều 353 BLHS năm 2015. Theo đó, chuỗi hành vi thực hiện của A trong ví dụ nêu trên sẽ bị điều chỉnh tại hai điều luật khác nhau, quy định tại hai Bộ luật hình sự khác nhau (BLHS năm 1999 và BLHS năm 2015). Nếu theo quan điểm này, sẽ có một số điểm bất lợi cho người bị buộc tội như sau:

**Thứ nhất,** khi tách chuỗi hành vi phạm tội liên tục nêu trên thành 2 giai đoạn khác nhau để xử lý thì sẽ có hai mức hình phạt khác nhau

và phải tổng hợp hình phạt chung, điều này sẽ làm cho người bị buộc tội phải chịu mức hình phạt nặng hơn khi chỉ xét xử trong 01 điều luật;

**Thứ hai,** nếu theo quan điểm này vô hình chung sẽ phải viện dẫn tình tiết tăng nặng là “phạm tội nhiều lần” để xử lý, vì đã tách ra thành hai giai đoạn và xử lý ở hai điều luật độc lập với cùng 01 tội danh. Như vậy, viện dẫn tình tiết tăng nặng này cho cả hai điều luật để xử lý là điều rất vô lý;

**Thứ ba,** viện dẫn các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ sẽ áp dụng BLHS năm 2015 hay áp dụng riêng cho mỗi tội danh ở từng Bộ luật khác nhau khi xử lý vụ án?

**Quan điểm thứ hai:** Nên nhập hết chuỗi hành vi phạm tội đó để giải quyết theo quy định của BLHS năm 2015, bởi lẽ BLHS năm 2015 là bộ luật hiện hành đang có hiệu lực thi hành. Việc xét xử theo Điều 353 BLHS năm 2015 sẽ có lợi cho người bị buộc tội hơn vì chỉ áp dụng một hình phạt, không phải tổng hợp hình phạt chung khi tách ra để xét xử ở hai điều luật thuộc hai bộ luật khác nhau. Hơn nữa, nếu áp dụng Điều 353 BLHS năm 2015 thì sẽ không viện dẫn tình tiết tăng nặng “phạm tội nhiều lần” để giải quyết vụ án, đồng thời nó khắc phục được tình trạng đặt ra là viện dẫn tình tiết tăng nặng hay giảm nhẹ theo Bộ luật năm 2015 hay theo cả hai bộ luật. Tuy nhiên, điều này lại bất lợi cho người bị buộc tội vì quy định về tội tham ô tại Điều 353 BLHS năm 2015 nặng hơn quy định về tội tham ô được quy định tại Điều 278 BLHS năm 1999.

Mỗi quan điểm nêu trên đều có điểm thuyết phục nhất định. Tuy nhiên, chúng ta cần thực hiện theo hướng dẫn điểm c Khoản 1 Điều 2 Nghị quyết 41/2017/QH14 ngày 20 tháng 6 năm 2017 (Nghị quyết 41/2017/QH14)<sup>2</sup>. Theo đó, nếu hành vi phạm tội được thực hiện mà

<sup>2</sup> Xem thêm điểm c khoản 2 Nghị quyết 41 “...Kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2018, Bộ luật Hình sự năm 2015 được áp dụng như sau:...c)... các điều luật bổ sung hành vi phạm tội mới, các điều luật quy định một hình phạt mới, một hình phạt nặng hơn, một tình tiết tăng nặng mới; các điều luật quy định hạn chế phạm vi miễn trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt, giảm hình phạt, xóa án tích và các quy định khác không có lợi cho người phạm tội thì không áp dụng đối với những hành vi phạm tội xảy ra trước 0 giờ 00 phút ngày 01 tháng 01 năm 2018 mà sau thời điểm đó mới bị phát hiện, đang bị điều tra, truy tố, xét xử hoặc đối với người đang được xét giảm thời hạn chấp hành hình phạt, xóa án tích; trong trường hợp này, vẫn áp dụng quy định tương ứng của các văn bản quy phạm pháp luật về hình sự có hiệu lực trước 0 giờ 00 phút ngày 01 tháng 01 năm 2018 để giải quyết”.



BLHS năm 2015 quy định nặng hơn, hành vi được thực hiện trước 00h ngày 01/01/2018 và sau 00h ngày 01/01/2018 mới phát hiện thì vẫn viện dẫn và áp dụng quy định của BLHS năm 1999 để giải quyết, bảo đảm tính có lợi cho người bị kết án. Như vậy, trong tình huống nêu trên cần áp dụng quy định tại Điều 278 BLHS năm 1999 để giải quyết, việc này đã khắc phục được những điều bất lợi của quan điểm 1 cũng như phù hợp với hướng dẫn tại Nghị quyết 41/2017/QH14 khi giải quyết những quy định có lợi cho người bị buộc tội như viện dẫn tình tiết giảm nhẹ hoặc áp dụng khung hình phạt thấp nhất khi quyết định hình phạt vẫn áp dụng BLHS năm 2015 để giải quyết nhằm bảo đảm tính có lợi cho người bị buộc tội theo đúng hướng dẫn tại Nghị quyết 41/2017/QH14 này. Ngược lại, nếu hành vi phạm tội được thực hiện mà BLHS năm 2015 quy định nhẹ hơn, hành vi được thực hiện trước 00h ngày 01/01/2018 và sau 00h ngày 01/01/2018 mới phát hiện thì sẽ viện dẫn và áp dụng quy định của BLHS năm 2015 để giải quyết, theo đúng hướng dẫn tại điểm b Khoản 1 Điều 2 Nghị quyết 41/2017/QH14<sup>3</sup>.

**Vấn đề thứ hai:** Một người thực hiện hành vi phạm tội trước 00h ngày 01/01/2018 hành vi phạm tội xảy ra tại địa bàn X với bị hại là A. Sau 00h ngày 01/01/2018, đối tượng tiếp tục thực hiện hành vi phạm tội tương tự nêu trên tại địa bàn Y với bị hại B. Năm 2019, các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phát hiện ra hành vi phạm tội được thực hiện năm 2018, qua đấu tranh, đối tượng khai nhận hành vi phạm tội xảy ra trước đó năm 2017 tại địa bàn

X với bị hại A. Vấn đề đặt ra là trong trường hợp này sẽ khởi tố vụ án, khởi tố bị can đối với đối tượng theo điều khoản quy định tại BLHS năm 1999 hay BLHS năm 2015 (?). Trường hợp này sẽ tách vụ án xét xử trên hai địa bàn khác nhau hay nhập vụ án để xét xử cùng một địa bàn (?).

**Thứ nhất,** do thời điểm phát hiện tội phạm năm 2019 nên thủ tục tố tụng hình sự được thực hiện theo quy định của BLTTHS năm 2015. Theo đó, tại điểm b Khoản 1 Điều 242 BLTTHS năm 2015<sup>4</sup>, trường hợp này phải nhập vụ án để giải quyết;

**Thứ hai,** khi nhập vụ án để giải quyết đối với hai hành vi phạm tội nêu trên sẽ viện dẫn Bộ luật hình sự nào để giải quyết?

Ví dụ: Ngày 12/3/2017 Nguyễn Văn P phạm tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản tại tỉnh Hưng Yên, bị hại là chị Nguyễn Thu Tr, số tiền lừa đảo là 100 triệu đồng. Hành vi này chưa bị phát hiện, bị hại chưa có đơn tố giác gửi đến cơ quan chức năng giải quyết. Tiếp đó, vào ngày 24/10/2018, đối tượng P lại có hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản của anh Lê Văn L, tại huyện Ba Vì, Hà Nội với số tiền là 50 triệu đồng.

Ngày 03/4/2019, cơ quan điều tra công an huyện Ba Vì đã phát hiện ra những hành vi phạm tội nêu trên của Nguyễn Văn P. Theo đó, cơ quan tiến hành tố tụng cần tiến hành khởi tố, điều tra, truy tố và xét xử đối với P về hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản này. Tuy nhiên, quá trình giải quyết vụ án đã gặp phải những vướng mắc sau: Sẽ khởi tố P về tội Lừa đảo chiếm đoạt tài sản theo điểm c Khoản 2 Điều 174 BLHS năm 2015 hay sẽ tách ra để khởi tố

<sup>3</sup> ... b) Các điều khoản của Bộ luật Hình sự năm 2015 xóa bỏ một tội phạm, một hình phạt, một tình tiết tăng nặng; quy định hình phạt nhẹ hơn, tình tiết giảm nhẹ mới; miễn trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt, giảm hình phạt, xóa án tích và các quy định khác có lợi cho người phạm tội thì được áp dụng đối với cả những hành vi phạm tội xảy ra trước 0 giờ 00 phút ngày 01 tháng 01 năm 2018 mà sau thời điểm đó mới bị phát hiện, đang bị điều tra, truy tố, xét xử hoặc đối với người đang được xét giảm thời hạn chấp hành hình phạt, xóa án tích;

<sup>4</sup> Xem Điều 242 BLTTHS năm 2015: Điều 242. Nhập hoặc tách vụ án trong giai đoạn truy tố:

1. Viện kiểm sát quyết định nhập vụ án khi thuộc một trong các trường hợp: a) Bị can phạm nhiều tội; b) Bị can phạm tội nhiều lần; c) Nhiều bị can cùng thực hiện một tội phạm hoặc cùng với bị can còn có những người khác che giấu tội phạm hoặc không tố giác tội phạm, tiêu thụ tài sản do bị can phạm tội mà có.

2. Viện kiểm sát quyết định tách vụ án khi thuộc một trong các trường hợp sau đây nếu xét thấy việc tách đó không ảnh hưởng đến việc xác định sự thật khách quan, toàn diện và đã có quyết định tạm đình chỉ vụ án đối với bị can: a) Bị can bỏ trốn; b) Bị can mắc bệnh hiểm nghèo; c) Bị can bị áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh.

theo điểm e Khoản 2 Điều 139 BLHS năm 1999 với hành vi được thực hiện trước 00h ngày 01/01/2018 và khởi tố về tội Lừa đảo chiếm đoạt tài sản theo điểm c Khoản 2 Điều 174 BLHS năm 2015 với hành vi được thực hiện từ sau 00h ngày 01/01/2018 đối với P (?).

Về vấn đề này cũng có hai quan điểm khác nhau như sau:

*Quan điểm thứ nhất:* Cần chia thành hai giai đoạn, lấy mốc là 00h ngày 01/01/2018, theo đó hành vi thực hiện trước mốc này sẽ khởi tố theo điểm e khoản 2 Điều 139 BLHS và hành vi thực hiện sau mốc này sẽ khởi tố theo điểm c Khoản 2 Điều 174 BLHS. Sau đó tổng hợp hình phạt chung, đối tượng có tình tiết tăng nặng là “phạm tội nhiều lần”. Như đã phân tích ở phần nội dung vấn đề thứ nhất nêu trên, việc chia giai đoạn và tách ra xử lý về hai hành vi độc lập sẽ bất lợi cho người bị buộc tội ở chỗ: cả hai điều luật khi quyết định hình phạt đều phải viện dẫn tình tiết tăng nặng “phạm tội nhiều lần”; đều phải áp dụng hình phạt cho mỗi tội ở Khoản 2 sau đó tổng hợp hình phạt chung sẽ gây bất lợi cho người bị buộc tội; Đồng thời mặc dù xử theo Điều 139 BLHS năm 1999 nhưng vẫn viện dẫn những tình tiết giảm nhẹ, có lợi cho người bị buộc tội theo Điều 51, 54 của BLHS năm 2015 vì thời điểm giải quyết BLHS năm 2015 đã có hiệu lực pháp luật.

*Quan điểm thứ hai:* Việc tách ra thành các quan giai đoạn như quan điểm 1 một mặt sẽ gây bất lợi cho người bị kết án vì cùng một tội danh xét xử tại hai điều luật khác nhau và tổng hợp hình phạt chung sẽ nặng hơn là xét xử ở một điều luật. Mặt khác, những người theo quan điểm 2 cho rằng khi áp dụng pháp luật phải làm sao bảo đảm tính có lợi cho người bị buộc tội. Theo đó, chỉ nên áp dụng điểm c Khoản 2 Điều 174 BLHS năm 2015 để xử lý đối với P là phù hợp vì hai Bộ luật cũ và mới đều quy định mức hình phạt bằng nhau.

Hai quan điểm nêu trên đều có lý trong nhận định và cách giải quyết vụ án phù hợp với quy định tại Nghị quyết 41/ 2017/QH 14. Nhưng suy xét về tính có lợi cho người bị buộc tội thì xét xử ở 01 điều luật sẽ có lợi hơn.

Chúng tôi cũng đồng tình với quan điểm 2 trong trường hợp cụ thể này Bộ luật năm 1999 hay năm 2015 quy định về tội danh lừa đảo chiếm đoạt tài sản bằng nhau, có thể viện dẫn điểm b, c Khoản 1 Điều 2 Nghị quyết 41 để xét xử ở 01 điều luật. Hơn nữa, do các hành vi phạm tội độc lập, thực hiện ở những địa bàn khác nhau và bị hại khác nhau nên không thể khởi tố hành vi phạm tội sau 00h ngày 01/01/2018 về tội danh theo luật cũ năm 1999.

Hiện nay, vẫn còn nhiều quan điểm trái chiều liên quan đến việc giải quyết vụ án, do đó rất cần có hướng dẫn sớm trong những trường hợp tương tự để thống nhất cách giải quyết và bảo đảm tính có lợi cho người bị buộc tội.

## **2. Vướng mắc trong tổng hợp hình phạt của nhiều bản án liên quan đến người phạm tội dưới 18 tuổi**

Về nội dung nêu trên, hiện nay đang có nhiều quan điểm khác nhau:

*Quan điểm thứ nhất:* Việc tổng hợp hình phạt được thực hiện bình thường như đối với người đã đủ 18 tuổi. Vì lẽ, khi thực hiện hành vi phạm tội lần sau người đó đã trên 18 tuổi. Vì vậy, việc tổng hợp nhiều bản án thực hiện theo quy định tại Điều 56 BLHS năm 2015.

*Quan điểm thứ hai:* Vì có bản án kết tội khi người phạm tội dưới 18 tuổi và có bản án kết tội khi người đó trên 18 tuổi. Nên khi tổng hợp hình phạt của nhiều bản án, hình phạt chung không được vượt quá mức cao nhất đối với bản án tuyên về tội nặng hơn.

Theo hướng dẫn tại Văn bản số 01/GĐ-TANDTC ngày 25 tháng 7 năm 2016, thì: “Việc tổng hợp hình phạt của nhiều bản án đối với trường hợp khi phạm tội và bị kết án lần thứ nhất người bị kết án là người chưa thành niên, khi phạm tội và bị kết án lần thứ hai thì người bị kết án là người đã thành niên được thực hiện theo quy định tại Điều 56 BLHS năm 2015 (Điều 51 BLHS năm 1999) như đối với trường hợp người đã đủ 18 tuổi”. Như vậy, theo hướng dẫn này thì quan điểm thứ nhất là phù hợp. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng hướng dẫn nêu trên chưa thật sự đúng với quy định của pháp luật. Cụ thể tại Điều 104 BLHS năm



2015 có quy định về tổng hợp hình phạt của nhiều bản án, điều luật nêu rõ “Việc tổng hợp hình phạt trong trường hợp một người đang phải chấp hành một bản án mà lại bị xét xử về tội đã phạm trước hoặc sau khi có bản án này, được thực hiện theo quy định tại Điều 55 và Điều 56 của Bộ luật này. Hình phạt chung không được vượt quá mức hình phạt cao nhất quy định tại Điều 103 của Bộ luật này”. Theo đó, Khoản 3 Điều 103 BLHS năm 2015 có quy định:

**Thứ nhất**, nếu mức hình phạt tòa án tuyên đối với tội mà người đó thực hiện khi chưa đủ 18 tuổi nặng hơn hoặc bằng mức hình phạt áp dụng đối với tội được thực hiện khi đã đủ 18 tuổi, thì hình phạt chung không được vượt quá mức cao nhất quy định tại Khoản 1 Điều 103 BLHS năm 2015. Tức là: nếu hình phạt chung là cải tạo không giam giữ thì không quá 03 năm, nếu là tù có thời hạn thì không được quá 18 năm đối với người từ đủ 16 tuổi đến 18 tuổi và không quá 12 năm đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi khi phạm tội;

**Thứ hai**, nếu mức hình phạt Tòa án tuyên đối với tội được thực hiện khi người đó đã đủ 18 tuổi nặng hơn mức hình phạt áp dụng đối với tội được thực hiện khi người đó chưa đủ 18 tuổi thì hình phạt chung áp dụng như đối với người đủ 18 tuổi trở lên phạm tội. Như vậy, hướng dẫn tại văn bản số 01 của Tòa án nhân dân tối cao chỉ mới đúng một vế theo quy định của pháp luật, tức là chỉ đúng khi thuộc điểm b Khoản 3 Điều 103 BLHS năm 2015 và chưa phù hợp nếu nó rơi vào điểm a Khoản 3 Điều 103 BLHS năm 2015. Theo đó, việc ban hành hướng dẫn này đã gây lúng túng và khó khăn cho các cơ quan tiến hành tố tụng quá trình giải quyết vụ án.

### **3. Vương mắc trong việc vận dụng cho người bị buộc tội được hưởng án treo**

Nghị quyết số 02/2018/NQ-HĐTP của Tòa án nhân dân tối cao ngày 15/5/2018 hướng dẫn áp dụng Điều 65 BLHS năm 2015 của BLHS

về án treo. Theo đó, tại Điều 3 Nghị quyết 02/2018 nêu trên có quy định về các trường hợp không cho hưởng án treo như sau:

“Điều 3. Những trường hợp không cho hưởng án treo

1. Người phạm tội là người chủ mưu, cầm đầu, chỉ huy, ngoan cố chống đối, côn đồ, dùng thủ đoạn xảo quyệt, có tính chất chuyên nghiệp, lợi dụng chức vụ quyền hạn để trục lợi, có ý gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng.

2. Người thực hiện hành vi phạm tội bỏ trốn và đã bị các cơ quan tiến hành tố tụng đề nghị truy nã.

3. Người được hưởng án treo phạm tội mới trong thời gian thử thách; người đang được hưởng án treo bị xét xử về một tội phạm khác thực hiện trước khi được hưởng án treo.

4. Người phạm tội bị xét xử trong cùng một lần về nhiều tội, trừ trường hợp người phạm tội là người dưới 18 tuổi.

5. Người phạm tội nhiều lần, trừ trường hợp người phạm tội là người dưới 18 tuổi.

6. Người phạm tội thuộc trường hợp tái phạm, tái phạm nguy hiểm”<sup>5</sup>.

Với hướng dẫn này, hiện nay đang có nhiều ý kiến khác nhau liên quan đến một số nội dung hướng dẫn về các trường hợp không cho hưởng án treo nêu trên. Cụ thể:

- Với quy định tại Khoản 1 Điều 3 Nghị quyết 02 nêu trên, thì sau mỗi dấu phẩy phải được xem là các điều kiện cần và đủ hay mỗi ý sau đó là độc lập (?). Theo chúng tôi, với cách hành câu như vậy phải xem là điều kiện cần và đủ (vừa phải là người khởi xướng, chủ mưu, chỉ huy, cầm đầu, đồng thời phải ngoan cố chống đối, phải côn đồ, phải chuyên nghiệp, thủ đoạn xảo quyệt....) một loạt các ý phía sau phải thỏa mãn đồng thời thì mới không cho hưởng án treo, trong khi mỗi ý sau dấu phẩy là một tình tiết tăng nặng được quy định tại Điều 52 BLHS năm 2015, thậm chí có tình tiết là tình tiết định khung của một số tội phạm cụ thể. Chúng tôi cho rằng quy định như trên là chưa phù hợp.

<sup>5</sup> Xem thêm Nghị quyết số 02/2018/NQ-HĐTP của Tòa án nhân dân tối cao ngày 15/5/2018 hướng dẫn áp dụng Điều 65 của Bộ luật hình sự về án treo.

- Quy định tại Khoản 2 Điều 3 và quy định tại Khoản 4; Khoản 5 Điều 3 Nghị quyết 02 thì sẽ không được hưởng án treo. Việc đối tượng bỏ trốn và bị truy nã không được quy định là tình tiết tăng nặng tại Điều 52 BLHS năm 2015, như vậy quy định này có mâu thuẫn với chính hướng dẫn tại Khoản 3 Điều 2 Nghị quyết 02 không (?)

Khoản 4, 5 quy định về phạm nhiều tội hoặc phạm tội nhiều lần cũng không cho hưởng án treo. Phạm tội nhiều lần là tình tiết tăng nặng quy định tại điểm g Khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 và phạm nhiều tội không được quy định trong Bộ luật là tình tiết tăng nặng.

Hướng dẫn này theo chúng tôi là không phù hợp với thực tiễn công tác điều tra, truy tố, xét xử, một ví dụ cụ thể như sau:

Năm 2018, đối tượng Nguyễn Văn A trong 02 tháng thực hiện hai vụ trộm cắp tài sản nhỏ nhất trị giá 02 triệu đồng trên mỗi vụ, hành vi này sẽ bị xử lý theo Khoản 1 Điều 173 BLHS năm 2015 với mức hình phạt của khung là từ 06 tháng đến 03 năm, đây là tội phạm nghiêm trọng, hậu quả không lớn. Khi bắt được đối tượng là người có lai lịch rõ ràng, từ trước đến thời điểm bắt được chưa bị kết án lần nào, đối tượng có hoàn cảnh gia đình khó khăn, quần bách quá hóa liều, hiện đang nuôi hai con nhỏ dại và là lao động chính trong gia đình. Khi bị bắt rất ân hận về hành vi phạm tội của mình. Chiều theo hướng dẫn thì đối tượng đã rơi vào Khoản 5 Điều 3 Nghị quyết 02 nên không được cho hưởng án treo.

Ở vụ án khác, đối tượng Lê Văn B thực hiện hành vi “Nhận hối lộ” bị xử lý theo Khoản 2 Điều 354 BLHS năm 2015 có mức hình phạt từ 07 năm đến 15 năm, đây là tội phạm rất nghiêm trọng, số tiền thu lợi bất chính rất lớn. Tuy nhiên, đối tượng B có nhiều tình tiết giảm nhẹ, ăn năn, hối lỗi, đã nộp toàn bộ số tiền thu lợi bất chính, bản thân chưa có tiền án tiền sự. Khi quyết định hình phạt có thể áp dụng Khoản 1 Điều 354 BLHS để xử lý, theo đó Khoản 1 Điều 354 BLHS có mức hình phạt từ 02 năm

đến 07 năm tù. Hoàn toàn có thể cho B được hưởng án treo, vì B thỏa mãn hướng dẫn tại Điều 2 Nghị quyết 02 và không có bất kỳ vi phạm nào thuộc Điều 3 của Nghị quyết 02 nêu trên.

Xét về tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội, thì hành vi nhận hối lộ thuộc nhóm tội tham nhũng, là nhóm tội có tính nguy hiểm cao cho xã hội; hậu quả của tội phạm gây ra rất lớn, rất nghiêm trọng nhưng lại được cho hưởng án treo. Trong khi ở tình huống trộm cắp tài sản của A thuộc tội nghiêm trọng, hậu quả không lớn, nhưng không được hưởng án treo vì vi phạm hướng dẫn tại Điều 3 Nghị quyết 02 nêu trên, điều này là hết sức vô lý.

Tại Điều 65 BLHS năm 2015 quy định về Án treo như sau: *“Khi xử phạt tù không quá 03 năm, căn cứ vào nhân thân của người phạm tội và các tình tiết giảm nhẹ, nếu xét thấy không cần phải bắt chấp hành hình phạt tù, thì Tòa án cho hưởng án treo và ấn định thời gian thử thách từ 01 năm đến 05 năm và thực hiện các nghĩa vụ trong thời gian thử thách theo quy định của Luật Thi hành án hình sự”*. Điều luật hoàn toàn không quy định các trường hợp không cho hưởng án treo như hướng dẫn tại Điều 3 Nghị quyết 02/ 2018 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao như trên.

Chúng tôi chỉ nêu hai ví dụ mang tính đối chiếu, so sánh về hai trường hợp cụ thể để thấy rằng hướng dẫn về án treo tại Nghị quyết 02 là chưa phù hợp, đáng ra thay vì quy định vụn vặt về các tình tiết nhỏ lẻ, liên quan chủ yếu đến tình tiết tăng nặng thì hướng dẫn cần quy định mang tầm vĩ mô, quy định đối với các tội, nhóm tội, ví dụ như: khi phạm tội về ma túy; tham nhũng; giết người; các tội xâm phạm an ninh quốc gia, chống phá hòa bình, chống loài người... sẽ không cho hưởng án treo thì sẽ phù hợp hơn.

Trên đây là một số vướng mắc trên thực tiễn khi triển khai BLHS năm 2015, chúng tôi cho rằng cần có những hướng dẫn mới để khắc phục những sai sót và những vấn đề còn chưa phù hợp./.



## TÌNH HÌNH XÂM HẠI TRẺ EM Ở VIỆT NAM HIỆN NAY VÀ DỰ BÁO TÌNH HÌNH XÂM HẠI TRẺ EM Ở VIỆT NAM TRONG THỜI GIAN TỚI

Đỗ Đức Hồng Hà<sup>1</sup>

Đỗ Thu Hiền<sup>2</sup>

**Tóm tắt:** Theo thống kê của Unicef, ước tính mỗi năm trên thế giới có khoảng 1 tỉ trẻ em tương đương một nửa dân số trẻ em trên thế giới gánh chịu bạo lực<sup>3</sup>. Châu Á - Thái Bình Dương là khu vực có tỉ lệ trẻ em bị bạo lực và xâm hại cao, tỉ lệ xâm hại thân thể dao động từ khoảng 10% (Trung Quốc) đến 30,3% (Thái Lan)<sup>4</sup>. Trẻ em trong độ tuổi từ 1 -14 tuổi ở Việt Nam phải chịu ít nhất một hình phạt thể chất và tâm lý là 68,4%<sup>5</sup>. Tình hình xâm hại trẻ em thời gian qua diễn biến phức tạp, một số vụ việc nghiêm trọng gây bức xúc trong dư luận xã hội. Để có cơ sở đưa ra giải pháp nâng cao hiệu quả đấu tranh phòng, chống xâm hại trẻ em ở Việt Nam trong thời gian tới, trong phạm vi bài viết này, chúng tôi xin trình bày thực trạng, diễn biến, cơ cấu, tính chất, nguyên nhân của tình hình xâm hại trẻ em ở Việt Nam hiện nay và dự báo tình hình xâm hại trẻ em ở nước ta trong thời gian tới.

**Từ khóa:** Trẻ em, xâm hại trẻ em, dự báo tình hình xâm hại trẻ em.

Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 20/03/2020; Duyệt đăng: ...

**Abstract:** According to Unicef, It is estimated that every year, around 1 billion children in the world, or half of the world's children, suffer violence. Asia – Pacific Ocean is a region with a high proportion of children who experience violence and abuse when the rate of physical abuse ranges from about 10% (China) to 30.3% (Thailand). Children between the ages of 1 and 14 in Vietnam are subject to at least one physical and psychological punishment of 68.4%. The situation of child abuse in the past time has been complicated, a number of serious incidents have caused pressing in public opinion. To have a basis for proposing solutions to improve the effectiveness of the fight against child abuse in Vietnam in the coming time, within this article, we present the situation, development, structure, nature and causes of child abuse in Vietnam today and predict child abuse in our country in the coming time.

**Key word:** Children, abuse children, predict child abuse situation.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 20/03/2020; Date of Approval: ...

### 1. Thực trạng tình hình xâm hại trẻ em

Tại Việt Nam, từ năm 2011 đến hết tháng 6 năm 2019, toàn quốc có 15.302 trẻ em bị xâm hại (bình quân 150 em bị xâm hại/tháng; 05 em bị xâm hại/ngày). Tình hình xâm hại trẻ em thời gian qua diễn biến phức tạp, một số vụ việc nghiêm trọng gây bức xúc trong dư luận xã hội. Hình thức xâm hại chủ yếu là xâm hại tình dục trẻ em (hiếp dâm, cưỡng dâm, giao cấu, dâm ô), bạo lực

học đường, các hình thức khác (mua bán, bắt cóc, chiếm đoạt...); trẻ em là nạn nhân dưới 6 tuổi chiếm 7,2% trong các vụ xâm hại trẻ em.

Theo số liệu thống kê, từ năm 2011-2014, toàn quốc có 7.211 trẻ em bị xâm hại, cụ thể: năm 2011 có 1.640 trẻ em, năm 2012 có 1.819 trẻ em, năm 2013 có 1.898 trẻ em; năm 2014 có 1.854 trẻ em bị xâm hại (Nguồn: Tổng hợp từ số liệu của Bộ Công an)

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Ủy viên thường trực Ủy ban Tư pháp của Quốc hội.

<sup>2</sup> Thạc sỹ, Nghiên cứu sinh, Học viện Báo chí & Tuyên truyền.

<sup>3</sup> “Ngăn ngừa bạo lực đối với trẻ em, làm thế nào để điều này góp phần xây dựng những nền kinh tế vững mạnh hơn”. Unicef. Năm 2016.

<sup>4</sup> “Xâm hại trẻ em ở Đông Á và Thái Bình Dương, mức độ phổ biến, vụ việc và hậu quả. Rà soát hệ thống các nghiên cứu” Unicef, năm 2012.

<sup>5</sup> Báo cáo kết quả điều tra MICs. Tổng cục Thống kê, Unicef, năm 2014.

Từ năm 2015 đến năm 2018 và 6 tháng đầu năm 2019, số vụ xâm hại trẻ em có chiều hướng gia tăng. Theo đó, toàn quốc có 8.091 trẻ em bị xâm hại (1.059 nam; 7.032 nữ). trong đó: Xâm hại tình dục: 6.337 vụ, 6.432 trẻ em bị xâm hại; giết trẻ em: 170 vụ, 91 nạn nhân; cố ý gây thương tích đối với trẻ em: 536 vụ, 666 em; mua bán, bắt cóc, chiếm đoạt trẻ em: 126 vụ, 144 em; xâm hại khác: 655 vụ, 658 trẻ em<sup>6</sup>.

Giai đoạn từ năm 2015 đến 6 tháng đầu năm 2019: năm 2015 có 1.854 trẻ em; năm 2016 có 1.616 trẻ em; năm 2017 có 1.642 trẻ em, năm 2018 có 1.579 và 6 tháng đầu năm 2019 có 1.400 trẻ em bị xâm hại. (Nguồn: Tổng hợp từ số liệu của Bộ Công an).

Có 1,75 triệu trẻ em trong độ tuổi từ 5 - 17 tuổi được xác định là lao động trẻ em<sup>7</sup>, chiếm 9,6% dân số trẻ em từ 5 - 17 tuổi, trong đó 51% trẻ em có nguy cơ làm các công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm. Số trẻ em bị bỏ rơi từ năm 2016 đến năm 2018 là 469.869 trẻ. Trẻ em gái độ tuổi từ 15 - 17 tuổi tảo hôn là 3,9%, trẻ em trai là 0,9%<sup>8</sup>. Kết quả xử lý hình sự: 6.248 vụ; hành chính: 1.234 vụ; còn lại đang điều tra, xác minh hoặc hình thức xử lý khác: 342 vụ. Hiện chưa có thông tin, số liệu cụ thể, đầy đủ về tình trạng kỳ thị, phân biệt đối xử với trẻ em; không cung cấp hoặc che giấu, ngăn cản việc cung cấp thông tin về trẻ em bị xâm hại hoặc trẻ em có nguy cơ bị xâm hại<sup>9</sup>.

### **1.1. Diễn biến của tình hình xâm hại trẻ em**

Tổng số trẻ em bị xâm hại: 8.406 trẻ em (tăng 1.370 trẻ em và tăng 19,5% so với cùng kỳ). Trong đó có: 7.646 trẻ em nữ (tăng 1.118 trẻ em nữ so với cùng kỳ) và 760 trẻ em nam (tăng 252 trẻ em nam so với cùng kỳ).

Số đối tượng thực hiện hành vi xâm hại trẻ em là: 5.214 đối tượng (tăng 562 đối tượng và tăng 12% so với cùng kỳ). Trong đó có: 494 đối tượng là người có quan hệ ruột thịt, thân thích (tăng 198 đối tượng); 43 đối tượng là giáo viên, cán bộ, nhân viên tại các cơ sở giáo dục (tăng 37 đối tượng); 981 đối tượng là người có trách nhiệm chăm sóc, chữa bệnh (tăng 680 đối tượng); 2.898 đối tượng là người quen của trẻ em (tăng 330 đối tượng); 12 đối tượng là người nước ngoài (cùng kỳ không có đối tượng nào)<sup>10</sup>...

Số lượng các vụ án mà các Tòa án nhân dân thụ lý để giải quyết đối với loại tội phạm này giảm dần theo từng năm về số vụ và số bị cáo (năm 2015: thụ lý 2.009 vụ với 2.264 bị cáo; năm 2016: 1.730 vụ với 1.930 bị cáo; năm 2017: 1.671 vụ với 1.815 bị cáo; năm 2018: 1.515 vụ với 1.729 bị cáo; 6 tháng năm 2019: 818 vụ với 945 bị cáo). Trong loại tội phạm xâm hại trẻ em nói chung thì tội phạm xâm hại tình dục trẻ em chiếm tỷ lệ rất lớn (89% số vụ và 84% số bị cáo). Tuy nhiên, tội phạm xâm hại trẻ em ngày càng diễn biến phức tạp, số liệu các hành vi xâm hại trẻ em bị đưa ra khởi tố, truy tố, xét xử như đã nêu trên chưa phản ánh hết mức độ thật sự của tình trạng xâm hại đối với trẻ em ở Việt Nam, rất nhiều nạn nhân vì các lý do khác nhau đã không tố cáo hoặc vụ việc chưa được các cơ quan chức năng xử lý thỏa đáng hay công tác điều tra đối với nhiều trường hợp là rất khó khăn, không thể chứng minh được tội phạm<sup>11</sup>.

### **1.2. Cơ cấu của tình hình xâm hại trẻ em**

Tình trạng trẻ em bị xâm hại hiện nay đang là vấn đề gây bức xúc trong dư luận xã hội. 63/63 tỉnh, thành phố, đều xảy ra tình trạng

<sup>6</sup> Báo cáo số 4209/C02-P5 ngày 15/8/2019, Cục Cảnh sát hình sự, Bộ Công an.

<sup>7</sup> Báo cáo kết quả khảo sát quốc gia lao động trẻ em. Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Tổng cục Thống kê, ILO, năm 2012.

<sup>8</sup> Điều tra dân số và nhà ở giữa kỳ, Tổng cục Thống kê, năm 2014.

<sup>9</sup> Chính phủ (2019), Báo cáo của Chính phủ tháng 12 năm 2019 về việc thực hiện chính sách, pháp luật về phòng, chống xâm hại trẻ em, Chính phủ (2019).

<sup>10</sup> Viện kiểm sát nhân dân tối cao (2019), Báo cáo của Viện kiểm sát nhân dân tối cao tháng 9 năm 2019 về việc thực hiện chính sách, pháp luật về phòng, chống xâm hại trẻ em (từ ngày 01/01/2015 đến ngày 30/6/2019).

<sup>11</sup> Tòa án nhân dân tối cao (2019), Báo cáo số 54/BC-TANDTC ngày 20 tháng 9 năm 2019 của Tòa án nhân dân tối cao về việc thực hiện chính sách, pháp luật về phòng, chống xâm hại trẻ em (từ ngày 01/01/2015 đến ngày 30/6/2019).



xâm hại trẻ em. Một số tỉnh, thành phố xảy ra những vụ việc gây bức xúc trong dư luận xã hội: Bà Rịa - Vũng Tàu, thành phố Hồ Chí Minh, Bắc Giang, Vĩnh Long, Hòa Bình, Nghệ An, Hà Nội. Các hành vi xâm hại trẻ em xảy ra tại cộng đồng, nhà trường và trong chính gia đình của trẻ em. Tính chất vụ việc xâm hại tình dục trẻ em ngày càng nghiêm trọng, phức tạp: nạn nhân bị xâm hại tình dục có cả những trẻ em tuổi mầm non, nhiều vụ xâm hại tình dục trẻ em báo động về sự suy đồi đạo đức (hiếp dâm tập thể, hiếp dâm rồi giết trẻ em, người cao tuổi xâm hại tình dục trẻ em nhỏ tuổi, thầy giáo xâm hại tình dục nhiều học sinh...); xâm hại tình dục trẻ em mang tính loạn luân như cha đẻ xâm hại tình dục con gái ruột, cha dượng hiếp dâm con riêng của vợ trong một thời gian dài; ông xâm hại tình dục cháu.

Xâm hại tình dục trẻ em chiếm tới 81,3% trong các vụ xâm hại trẻ em<sup>12</sup> được công an các cấp tiếp nhận, xử lý. Đối tượng thực hiện hành vi xâm hại trẻ em tập trung chủ yếu ở nhóm tuổi từ 18 trở lên, là nam giới (trên 95%), đối tượng xâm hại bao gồm cả những người có trình độ dân trí cao, là cán bộ, công nhân viên (chiếm 0,97%), tập trung khá cao ở các đối tượng không có nghề nghiệp (chiếm 32,67%)<sup>13</sup>.

Qua phân tích số liệu của Tổng đài điện thoại quốc gia bảo vệ trẻ em từ năm 2015 đến tháng 6 năm 2019, trẻ em bị bạo lực trong gia đình chiếm 65,88%; trong trường học chiếm 19,09% (trong đó bị giáo viên bạo lực chiếm 14,89%; bị bạn bè bạo lực chiếm 4,2%); trong cộng đồng chiếm 15,03%. Trong các vụ xâm hại tình dục trẻ em, thủ phạm xâm hại trẻ em là người quen, hàng xóm chiếm 59,4%; người thân trong gia đình chiếm 21,3% (trong đó bố đẻ là 5,73%; bố dượng là 5,07%, các đối tượng

người thân khác là 10,5%); giáo viên, nhân viên nhà trường chiếm 6,15%; các đối tượng khác chiếm 13,15%<sup>14</sup>.

Về độ tuổi trẻ em bị xâm hại: Trẻ em dưới 6 tuổi: 576 em (chiếm 7,2%); trẻ em từ 6 đến 13 tuổi: 2.439 em (chiếm 30,1%); trẻ em từ 13 đến dưới 16 tuổi là 5.076 em (chiếm 62,7%).

Đặc biệt, không chỉ trẻ em nữ mà trẻ em nam cũng là nạn nhân của các hành vi xâm hại tình dục; thủ đoạn phạm tội thường thông qua các dịch vụ du lịch; lôi kéo, xâm hại những trẻ em nam lang thang hoặc có hoàn cảnh khó khăn, những trẻ em dễ bị tổn thương để xâm hại.

Trước đây, các vụ án xâm hại tình dục trẻ em xảy ra chủ yếu ở vùng sâu, vùng xa, những khu vực dân cư thưa thớt, hẻo lánh, trình độ dân trí thấp; nhưng hiện nay, ngày càng nhiều vụ xâm hại tình dục trẻ em được phát hiện ở các khu đô thị, thành phố lớn. Tòa án nhân dân của nhiều tỉnh, thành phố lớn đã thụ lý số lượng lớn các vụ án xâm hại trẻ em; như: thành phố Hồ Chí Minh (395 vụ/444 bị cáo), Đồng Nai (336 vụ/355 bị cáo), Bình Dương (236 vụ/255 bị cáo), Kiên Giang (227 vụ/247 bị cáo), Hà Nội (228 vụ/294 bị cáo), Tây Ninh (227 vụ/235 bị cáo)<sup>15</sup>...

## **2. Tính chất, nguyên nhân của tình hình xâm hại trẻ em và dự báo trong thời gian tới**

### **2.1. Tính chất của tình hình xâm hại trẻ em**

Xâm hại trẻ em không chỉ gây ra nhiều hậu quả trước mắt mà ảnh hưởng lâu dài trong suốt cuộc đời của trẻ em. Ảnh hưởng tiêu cực đối với sự phát triển não bộ của trẻ em, sức khỏe thể chất và tâm thần, nguy cơ bỏ học, kết quả học tập kém, quan hệ tình dục sớm, mang thai và sinh con khi chưa đến tuổi trưởng thành, các vấn đề về hành vi, kể cả các hành vi bạo lực và vi phạm pháp luật<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Báo cáo số 4209/C02-P5 ngày 15/8/2019, Cục Cảnh sát hình sự, Bộ Công an.

<sup>13</sup> Số liệu thống kê, phân tích về đối tượng xâm hại trẻ em, Bộ Công an, năm 2018.

<sup>14</sup> Báo cáo phân tích số liệu của Tổng đài điện thoại quốc gia bảo vệ trẻ em năm 2015-2019, Cục Trẻ em, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội.

<sup>15</sup> Tòa án nhân dân tối cao (2019), Báo cáo số 54/BC-TANDTC ngày 20 tháng 9 năm 2019 của Tòa án nhân dân tối cao về việc thực hiện chính sách, pháp luật về phòng, chống xâm hại trẻ em (từ ngày 01/01/2015 đến ngày 30/6/2019).

<sup>16</sup> Báo cáo Tổng quan nguyên nhân bạo lực, xâm hại trẻ em Việt Nam- Unicef và Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội năm 2016.

Các hành vi xâm hại trẻ em trước hết xâm hại về quyền bất khả xâm hại về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm và sự phát triển bình thường của trẻ - đối tượng đặc biệt cần được bảo vệ, chăm sóc. Hậu quả gây ra đối với trẻ em thường rất nghiêm trọng, không những ảnh hưởng đến sức khỏe gây tổn hại về thể chất như thương tích hoặc tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ tổn thương cơ thể từ 31% đến 60%; từ 61% trở lên, mà còn làm ảnh hưởng sâu sắc đến tâm sinh lý trẻ em, gây hoảng loạn tinh thần, tổn thương sâu sắc về mặt tâm lý như sợ hãi khi tiếp xúc với nam giới, xấu hổ nên gia đình phải thay đổi chỗ ở, trường học để hạn chế tối đa tác động đến tâm lý của người bị hại, ảnh hưởng đến việc học tập và sự phát triển bình thường cả về thể chất lẫn tinh thần của trẻ em. Nhiều trường hợp mang thai ngoài ý muốn hoặc bị các bệnh lây truyền về tình dục, rối loạn tình dục khi trưởng thành...

Bên cạnh đó, các tội phạm xâm hại trẻ em còn xâm phạm nghiêm trọng đến những giá trị đạo đức của xã hội được pháp luật bảo vệ; ví dụ như nhiều vụ án cha xâm hại con, thầy xâm hại học trò... Dư luận rất bức xúc đối với loại tội phạm này do trẻ em là đối tượng được xã hội đặc biệt quan tâm, chăm sóc và bảo vệ<sup>17</sup>.

Xâm hại trẻ em cũng gây ra những tác động tiêu cực về kinh tế. Một nghiên cứu của khu vực Đông Á - Thái Bình Dương cho biết tổng thiệt hại do xâm hại trẻ em gây ra, đặc biệt do các vấn đề sức khỏe và các hành vi nguy cơ cao về sức khỏe, là 206 tỷ đô la Mỹ, xấp xỉ 2% tổng GDP của khu vực này<sup>18</sup>. Các hành vi xâm hại trẻ em ảnh hưởng đến trật tự, an ninh của xã hội; tấn công trực diện đến các nền tảng đạo đức của xã hội, gây tâm lý hoang mang, mất lòng tin, lo sợ trong dư luận xã hội.

## **2.2. Nguyên nhân của tình hình xâm hại trẻ em**

### ***Thứ nhất, nguyên nhân khách quan.***

Công tác truyền thông về xâm hại trẻ em, vấn đề giáo dục giới tính, kỹ năng tự bảo vệ của trẻ em còn chưa được chú trọng. Đặc biệt ở các cấp học mẫu giáo, tiểu học, trung học phổ thông chủ yếu chú trọng vào việc dạy chữ, mà chưa chú trọng dạy cho trẻ kỹ năng tự bảo vệ mình trước nguy cơ bị xâm hại.

Sự phát triển các mặt kinh tế, văn hóa, xã hội, đặc biệt là sự hình thành nhiều khu công nghiệp, sự phân hóa giàu nghèo, giữa người dân nông thôn và khu vực thành thị, suy thoái về đạo đức, lối sống, các loại hình dịch vụ hình thành và gia tăng nên công tác quản lý nhà nước và an ninh trật tự còn có nhiều vấn đề cần phải quan tâm. Nhiều gia đình ít có thời gian sinh hoạt cùng nhau, cha mẹ thiếu sự quan tâm, chăm sóc, giáo dục đối với con cái; nhận thức của trẻ về tình cảm gia đình cũng thay đổi, ly hôn chiếm tỷ lệ cao đối với các gia đình thuộc thể hệ trẻ hiện nay, sự đổ vỡ của gia đình đã làm cho trẻ em thiếu đi nơi nương tựa, sự chăm sóc, nuôi dưỡng giáo dục của gia đình, từ đó trẻ em dễ dàng trở thành nạn nhân bị xâm hại.

Tại các vùng nông thôn, miền núi, dân cư sống không tập trung, trẻ em thường phải đi học xa nhà, đi qua các khu vực vắng người... đây chính là địa điểm thuận lợi cho các đối tượng xấu thực hiện hành vi xâm hại trẻ em, nhất là hiếp dâm trẻ em.

Với sự phát triển công nghệ, các đối tượng thường sử dụng mạng xã hội, Internet để tiếp cận, dụ dỗ trẻ, tạo điều kiện cho trẻ em thiết lập nhiều mối quan hệ quen biết, yêu đương qua mạng trong khi các em chưa nhận thức đầy đủ về những nguy hiểm tiềm ẩn từ các mối quan hệ đó. Đây cũng là một nguyên nhân gia tăng loại tội phạm này. Việc các cơ quan chức năng không thể kiểm soát các trang web đồi trụy đã dẫn đến hệ quả là một bộ phận lớn thanh thiếu niên bị kích thích ham muốn tình dục, thậm chí bị nghiện tình dục. Để thỏa mãn nhu cầu, họ sẵn sàng thực hiện hành vi phạm

<sup>17</sup> Tòa án nhân dân tối cao (2019), Báo cáo số 54/BC-TANDTC ngày 20 tháng 9 năm 2019 của Tòa án nhân dân tối cao về việc thực hiện chính sách, pháp luật về phòng, chống xâm hại trẻ em (từ ngày 01/01/2015 đến ngày 30/6/2019).

<sup>18</sup> Ước tính gánh nặng kinh tế của bạo lực đối với trẻ em ở Châu Á Thái Bình Dương, Unicef, 2014.



tội, và trẻ em là đối tượng bị hướng tới nhiều nhất bởi sự ngây thơ, thiếu hiểu biết, thiếu khả năng tự vệ của trẻ.

Công tác tuyên truyền giáo dục ý thức pháp luật, giáo dục giới tính, về phòng chống xâm hại tình dục trẻ em chưa thường xuyên, sâu rộng, chưa đạt hiệu quả; việc điều tra truy tố, xét xử tội phạm xâm hại trẻ em đôi lúc chưa kịp thời, nên còn hạn chế trong việc tạo sự đồng thuận trong dư luận xã hội để giáo dục, lên án, phòng ngừa hành vi vi phạm, tội phạm này.

Đội ngũ cán bộ làm công tác bảo vệ, chăm sóc trẻ em, đặc biệt là cấp cơ sở còn thiếu và không ổn định. Công tác kiểm tra, thanh tra, giám sát về công tác bảo vệ trẻ em của một số cơ quan Nhà nước và các cấp chính quyền chưa thường xuyên. Công tác quản lý các khu dịch vụ lưu trú không bảo đảm việc kiểm tra chặt chẽ giấy tờ tùy thân đã tạo điều kiện thuận lợi cho các đối tượng thực hiện hành vi xâm hại trẻ em.

Các thiết chế tạo môi trường sống an toàn, lành mạnh cho trẻ em chưa thực sự được quan tâm dẫn đến các yếu tố tiềm ẩn nguy cơ bạo lực, xâm hại trẻ em có xu hướng gia tăng. Tầm quan trọng và tính cấp bách của công tác bảo vệ trẻ em chưa được cấp ủy, chính quyền, cơ quan chuyên môn và các tổ chức chính trị - xã hội ở nhiều địa phương nhận thức đầy đủ, sâu sắc và quan tâm chỉ đạo, đầu tư, thực hiện đúng trách nhiệm, quyền hạn. Ý thức chấp hành, việc thực thi pháp luật về bảo vệ trẻ em của một bộ phận cán bộ có thẩm quyền chưa nghiêm; hành vi bạo lực, xâm hại tình dục trẻ em có lúc, có nơi bị bỏ lọt, bỏ qua, chậm bị xử lý. Vẫn còn hiện tượng chính quyền địa phương, cơ sở giáo dục không thông tin, báo cáo các vụ việc bạo lực, xâm hại tình dục trẻ em mà bao che, tự tìm cách xử lý vụ việc hoặc xử lý nội bộ.

Các loại thông tin, ấn phẩm, sản phẩm độc hại, không phù hợp, đặc biệt trên môi trường mạng trong thời gian dài không được ngăn

chặn, kiểm soát kịp thời và không được xử lý triệt để. Gia đình, người chăm sóc trẻ em và bản thân trẻ em chưa nhận thức đầy đủ trách nhiệm bảo vệ trẻ em, chậm được bổ sung kiến thức, kỹ năng về bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em. Thiếu các giải pháp phòng ngừa, ngăn chặn sự xuống cấp đạo đức và thiếu gương mẫu của một bộ phận người lớn, các thành viên trong gia đình dẫn đến gia tăng hành vi, tội phạm xâm hại trẻ em, đặc biệt xâm hại tình dục trẻ em<sup>19</sup>.

Sự phối hợp trong quản lý, giáo dục của gia đình, nhà trường và các tổ chức bảo vệ trẻ em chưa chặt chẽ, đồng bộ đặc biệt là vấn đề giáo dục giới tính cũng như giáo dục các em cách tự bảo vệ mình còn bị coi nhẹ dẫn đến trẻ thiếu kiến thức, thiếu hiểu biết về đặc điểm tâm sinh lý và kỹ năng phòng tránh khi bị xâm hại.

Quy định của Bộ luật hình sự đối với nhóm tội xâm hại trẻ em, trong đó có xâm hại tình dục hiện nay còn một số bất cập, chưa có hướng dẫn cụ thể, kịp thời để làm căn cứ, cơ sở xác định hành vi xâm hại dẫn đến hạn chế hiệu quả công tác đấu tranh xử lý đối với tội phạm này; tác dụng răn đe, giáo dục, phòng ngừa chung cho xã hội của hình phạt đối với loại tội phạm này chưa thực sự đạt hiệu quả<sup>20</sup>.

#### **Thứ hai, nguyên nhân chủ quan.**

Các đối tượng vi phạm pháp luật thiếu tu dưỡng, rèn luyện, ham chơi, hưởng thụ, đua đòi các thói hư tật xấu, bị bạn bè lôi kéo vào các hành vi vi phạm pháp luật. Mặt khác, do sự thiếu hiểu biết về pháp luật, chưa biết cách ứng xử giải quyết các tình huống khi xung đột; thiếu sự quản lý, giáo dục, quan tâm, không định hướng được tương lai và hành động nhân ái dẫn đến những hành vi lệch chuẩn về đạo đức, quan hệ xã hội mà vi phạm.

Đối tượng xâm hại trẻ em vì nhiều lý do khác nhau như để giải tỏa những cơn tức giận, ghen tuông, lòng tham, khó khăn về kinh tế, bết tắc, căng thẳng, nhu cầu sinh lý bệnh hoạn và cũng có những trường hợp vì lý do sức khỏe

<sup>19</sup> Giai đoạn 2011- 2014, tổng số cuộc gọi thông tin, thông báo, tố giác nguy cơ, hành vi xâm hại trẻ em là 1.002 cuộc; Giai đoạn 2015 - 2018, tổng số cuộc gọi thông tin, thông báo, tố giác nguy cơ, hành vi xâm hại trẻ em là 1.680 cuộc.

<sup>20</sup> Tòa án nhân dân tối cao (2019), Báo cáo số 54/BC-TANDTC ngày 20 tháng 9 năm 2019 của Tòa án.

tâm thần của đối tượng, lý do của cá nhân, thiếu sự quan tâm của gia đình (cha mẹ ly hôn, cha mẹ đi làm ăn xa, trẻ em sống với ông bà, người thân, trẻ em sống trong các gia đình có vấn đề về xã hội...). Đối tượng là người quen của trẻ em lợi dụng sự gần gũi với gia đình và trẻ em, tạo sự tin tưởng, gia đình mất cảnh giác; những đối tượng lạ mặt lợi dụng hoàn cảnh như đường vắng, trẻ em ở nhà một mình, sử dụng chất kích thích (rượu, bia, ma túy...), việc tiếp cận các phim ảnh có nội dung khiêu dâm, đồi trụy; lợi dụng chức trách, quyền hạn của mình, sự tin tưởng để thực hiện hành vi xâm hại trẻ em<sup>21</sup>.

Sự hạn chế trong nhận thức của trẻ về các hình thức xâm hại, sự tò mò khám phá về giới tính, sự thiếu kỹ năng phòng ngừa và tố giác người xâm hại. Sự phát triển sớm về tâm, sinh lý của trẻ em cũng như tâm lý muốn tìm hiểu nên đã bị các đối tượng phạm tội lợi dụng, dụ dỗ để thực hiện hành vi xâm hại. Trẻ em sớm được phụ huynh cho sử dụng tài sản có giá trị trong khi bản thân các em chưa có khả năng tự bảo vệ tài sản của mình đã tạo điều kiện cho các đối tượng phạm tội thực hiện hành vi chiếm đoạt.

Cha mẹ, người chăm sóc trẻ em thiếu nhận thức về nguy cơ, thiếu kỹ năng phòng ngừa, kỹ năng giải quyết về pháp lý, kỹ năng chăm sóc và phục hồi cho trẻ bị xâm hại về thể chất và tâm lý.

### **2.3. Dự báo tình hình xâm hại trẻ em ở nước ta trong thời gian tới**

Dự báo trong thời gian tới tình hình các tội xâm phạm trẻ em sẽ có diễn biến phức tạp, phương thức, thủ đoạn phạm tội ngày càng tinh vi, xảo quyệt; tính chất, mức độ nguy hiểm ngày càng cao; hậu quả tác hại ngày càng lớn và đặc biệt ở nhóm tội xâm hại tình dục các tội như hiếp dâm người dưới 16 tuổi, giao cấu và thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác đối với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi, dâm ô

đối với người dưới 16 tuổi. Tội mua dâm người dưới 18 tuổi có tỷ lệ khá nhỏ song vẫn cần phải tăng cường phòng ngừa, đấu tranh với tội phạm này trong thời gian tới.

Người phạm tội về xâm hại trẻ em phần lớn là người đã thành niên, tiếp đến là độ tuổi người chưa thành niên từ đủ 14 đến chưa đủ 18 tuổi, cá biệt bắt đầu xuất hiện ngày càng nhiều đối tượng phạm tội ở độ tuổi từ 60 tuổi trở lên. Đây là một vấn đề cần đặt ra về mặt xã hội, tư tưởng rất lớn để có thể tìm ra nguyên nhân và giải pháp phòng ngừa. Thông thường, người phạm tội có quen biết với nạn nhân, gia đình nạn nhân hoặc ở gần nhà nạn nhân. Số người phạm tội xâm hại trẻ em chủ yếu là người làm nghề tự do, nghề nghiệp không ổn định, có hoàn cảnh kinh tế, cuộc sống khó khăn, nhóm người có cuộc sống gia đình không hạnh phúc.

Thủ đoạn phạm tội chính là lợi dụng lòng tin của trẻ em, dùng vật chất dụ dỗ, lợi dụng sự quen biết và sự thiếu hiểu biết của trẻ để thực hiện hành vi phạm tội và che giấu hành vi phạm tội của mình. Trong thời gian tới nhiều đối tượng phạm tội vẫn sử dụng phương thức này, kết hợp sử dụng vũ lực để thực hiện hành vi xâm hại trẻ em và có thể chiếm đoạt cả tài sản của nạn nhân.

Nạn nhân bị xâm hại tập trung chủ yếu ở độ tuổi từ 13 đến dưới 16 tuổi, tiếp đến là độ tuổi từ 6 đến dưới 13 tuổi, có trường hợp người bị xâm hại có độ tuổi dưới 6 tuổi, các em có hoàn cảnh gia đình không hòa thuận, khó khăn, cha mẹ thường xuyên đi làm vắng nhà nên không ai trông giữ hoặc bị hạn chế về thể chất, tâm thần như trẻ khuyết tật, câm điếc bẩm sinh<sup>22</sup>...

Trước diễn biến phức tạp của tình hình xâm hại trẻ em, cần có những biện pháp kịp thời, đồng bộ để bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của trẻ. Một số giải pháp cơ bản để giải quyết vấn đề như sau: (Xem tiếp trang 77)

<sup>21</sup> Báo cáo phân tích số liệu của Tổng đài điện thoại quốc gia bảo vệ trẻ em chuyên đề về bạo lực và xâm hại tình dục trẻ em giai đoạn 2015- tháng 6 năm 2019.

<sup>22</sup> Tòa án nhân dân tối cao (2019), Báo cáo số 54/BC-TANDTC ngày 20 tháng 9 năm 2019 của Tòa án nhân dân tối cao về việc thực hiện chính sách, pháp luật về phòng, chống xâm hại trẻ em (từ ngày 01/01/2015 đến ngày 30/6/2019).



## TỘI PHẠM THAM Ô TÀI SẢN TRONG XÂY DỰNG CÔNG TRÌNH - KHÓ KHĂN, VƯỚNG MẮC TRONG ĐIỀU TRA KHÁM PHÁ VÀ GIẢI PHÁP ĐẤU TRANH

Lại Sơn Tùng<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Tham ô tài sản trong xây dựng công trình là một loại tội phạm gây nguy hiểm cho xã hội, hậu quả thiệt hại do tội phạm gây ra có thể lên tới hàng chục, hàng trăm thậm chí hàng ngàn tỷ đồng. Trong bài viết này, tác giả chỉ ra một số khó khăn vướng mắc trong quá trình điều tra khám phá với tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình, trên cơ sở đó tác giả đề xuất một số giải pháp nâng cao hiệu quả của công tác đấu tranh đối với loại tội phạm này trong thời gian tới.

**Từ khóa:** Tham ô tài sản, xây dựng công trình.

Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 20/03/2020; Duyệt đăng: ...

**Abstract:** Embezzlement of property in construction works is a type of crime that is dangerous to society since the consequences of crime can be up to tens, hundreds or even thousands of billion dong. In this article, the author points out some difficulties and obstacles during the investigation and discovery process over the crime of embezzlement of property construction as well as proposes a number of solutions to improve efficiency of the struggle against this type of crime in the future.

**Key words:** Property embezzlement, construction works.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 20/03/2020; Date of Approval: ...

Từ Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VII và tại Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội năm 1991, Đảng ta đã nêu quan điểm “công nghiệp hóa, hiện đại hóa” và coi đây là một trong những phương pháp cơ bản của quá trình xây dựng chủ nghĩa xã hội và bảo vệ Tổ quốc. Trong những năm qua, Nhà nước ta đã ưu tiên đầu tư nguồn vốn rất lớn cho việc xây dựng kết cấu hạ tầng kỹ thuật và hạ tầng xã hội để phục vụ cho sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Kết quả đến nay, đã có rất nhiều khu công nghiệp, nhà máy, cầu đường, các công trình phục vụ dân sinh... được xây dựng và đưa vào sử dụng, điều đó đã mở ra những điều kiện hết sức thuận lợi cho sự phát triển kinh tế xã hội của cả nước cũng như tạo được nhiều việc làm cho người dân. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đã đạt được, một số công trình xây dựng được hoàn thiện và đưa vào sử dụng

chưa được bao lâu đã xuống cấp một cách nghiêm trọng, có công trình bị hư hỏng không thể sửa chữa, khắc phục được. Sở dĩ để xảy ra tình trạng này là xuất phát từ nhiều nguyên nhân, nhưng nguyên nhân chủ yếu là do những người có chức vụ, quyền hạn trong quá trình xây dựng công trình đã lợi dụng chức vụ quyền hạn của mình để thực hiện hành vi tham ô tài sản, “bòn rút” tiền, tài sản của Nhà nước... mà hậu quả là đã cho ra đời những công trình kém chất lượng hoặc những công trình không tương xứng với giá trị đầu tư.

Có thể kể đến như vụ án tham ô tài sản xảy ra tại công trình xây dựng khu nhà A2 phường Kim Giang, quận Thanh Xuân, thành phố Hà Nội. Vụ việc xảy ra trong thời gian thi công 52 cọc khoan nhồi từ ngày 27/01/2005 đến ngày 02/03/2005 thuộc hạng mục cọc khoan nhồi của công trình nhà ở di dân phục vụ giải phóng mặt bằng nhà A2. Kết quả điều tra đã xác định

<sup>1</sup> Thạc sỹ, Khoa Cảnh sát kinh tế, Học viện Cảnh sát nhân dân.

Hoàng Thanh U (đội trưởng đội xây dựng số 8 – Công ty cổ phần xây dựng số 1 thuộc Tổng công ty Vinaconex) với nhiệm vụ tổ chức thi công công trình đã trực tiếp thực hiện và chỉ đạo Nguyễn Thanh B (cán bộ kỹ thuật của đội xây dựng số 8) thống nhất với Nguyễn Mạnh T là kỹ sư giám sát xây dựng rút ruột hơn 12.242 kg sắt thép ở phần cọc móng và 5.353,6 kg thép ống siêu âm, trị giá thành tiền là 206.837.575 đồng, gây thiệt hại tiền chi phí giám định là 203.766.000 đồng và phải bỏ 52 cọc móng đã thi công với số lượng tiền lên tới trên 10 tỷ đồng.

Hay như vụ “rút ruột” công trình tại trường tiểu học Tân Hội A, huyện Đan Phượng, thành phố Hà Nội bị lực lượng Cảnh sát kinh tế Công an thành phố Hà Nội phát hiện ngày 13/10/2010. Tại công trình này, các dầm móng bê tông cốt thép đã bị rút bớt số lượng cốt thép chủ. Tại dầm móng trục số 14, theo thiết kế có 10 cây thép phi 25, thực tế chỉ có 4 cây thép phi 25 và 6 cây thép phi 20. Tại dầm móng trục số 13, từ 10 cây thép phi 25 theo thiết kế đã bị rút xuống chỉ còn 6 cây thép phi 20. Phần lưới thép đáy móng của toàn bộ các dầm móng, theo thiết kế là thép phi 12, khoảng cách 15 cm đã bị rút xuống thành thép phi 12, khoảng cách trung bình 17-18 cm. Toàn bộ bê tông dầm móng theo thiết kế có kích thước cao 70 cm, rộng 35 cm nhưng kiểm tra thực tế kích thước ghép cốt-pha chỉ là cao trung bình 65 cm, rộng trung bình 28 cm. Nghiêm trọng hơn, kết quả xác minh cho thấy thiếu hẳn 9 cột cấu kiện so với thiết kế.

Hành vi rút ruột công trình xây dựng để tham ô tài sản qua hai vụ án được nêu ở trên là hết sức nghiêm trọng, nếu không được phát hiện kịp thời sẽ gây hậu quả xấu tới chất lượng công trình cũng như tính mạng, tài sản của nhân dân, gây bức xúc trong dư luận xã hội và trên hết gây mất niềm tin của quần chúng nhân dân vào sự lãnh đạo của Đảng và Nhà nước trong công tác đấu tranh phòng chống tội phạm nói chung và tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình nói riêng.

Theo quy định tại Khoản 10 Điều 3 của Luật xây dựng năm 2014: “*Công trình xây dựng là sản phẩm được tạo thành bởi sức lao động của con người, vật liệu xây dựng, thiết bị lắp đặt vào công trình, được liên kết định vị với đất, có thể bao gồm phần dưới mặt đất, phần trên mặt đất, phần dưới mặt nước và phần trên mặt nước, được xây dựng theo thiết kế. Công trình xây dựng bao gồm công trình dân dụng, công trình công nghiệp, giao thông, nông nghiệp và phát triển nông thôn, công trình hạ tầng kỹ thuật và công trình khác*”.

Và theo quy định tại Khoản 21 Điều 3 Luật xây dựng: “*Hoạt động xây dựng bao gồm lập quy hoạch xây dựng, lập dự án đầu tư xây dựng công trình, khảo sát xây dựng, thiết kế xây dựng, thi công xây dựng, giám sát xây dựng, quản lý dự án, chọn nhà thầu, nghiệm thu, bàn giao đưa công trình vào khai thác sử dụng, bảo hành, bảo trì công trình xây dựng và hoạt động khác có liên quan đến xây dựng công trình*”.

### **1. Khái quát một số đặc điểm đặc trưng của tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình**

Qua nghiên cứu, phân tích các vụ án tham ô tài sản trong xây dựng công trình mà lực lượng Cảnh sát kinh tế đã phát hiện, điều tra trong thời gian qua cho thấy, tội phạm này có một số đặc điểm đặc trưng sau:

**Thứ nhất**, về đối tượng thực hiện hành vi phạm tội.

Đối tượng phạm tội tham ô tài sản trong xây dựng công trình hết sức đa dạng về thành phần, trình độ chuyên môn song tập trung chủ yếu ở những người có trình độ học vấn cao, am hiểu về lĩnh vực xây dựng, nhiều đối tượng có trình độ đại học, trên đại học. Có những đối tượng thuộc Ban quản lý dự án, tư vấn, thiết kế, giám sát... có trách nhiệm trong quản lý doanh nghiệp, tham gia quá trình xây dựng; có những đối tượng có trách nhiệm quản lý tài sản của công trình nằm trong đơn vị thi công như kế toán, thủ kho, thủ quỹ...; hay có những đối tượng nằm ngoài doanh nghiệp nhà nước như:



Chủ thầu tư nhân, công nhân hợp đồng, chủ doanh nghiệp tư nhân buôn bán vật liệu xây dựng, chủ các cơ sở cung cấp thiết bị xây lắp... thông đồng với những người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp nhà nước để cùng chiếm đoạt tiền, tài sản công trình chia nhau.

**Thứ hai, về phương thức, thủ đoạn thực hiện hành vi phạm tội.**

Quá trình xây dựng công trình thông thường sẽ trải qua nhiều công đoạn, nhiều khâu khác nhau và để chiếm đoạt được tiền, tài sản trong quá trình xây dựng công trình thì mỗi công đoạn, mỗi khâu khác nhau các đối tượng sẽ sử dụng những phương thức, thủ đoạn riêng biệt để thực hiện hành vi phạm tội. Cụ thể như sau:

- Trong khâu lập dự án, thiết kế kỹ thuật và dự toán: Để công trình được duyệt hoặc tránh không phải đấu thầu thì các đối tượng sẽ thường lập dự toán thấp, các chi phí cần thiết trong quá trình xây dựng sẽ không được tính đúng và đầy đủ vào công trình để đạt mức vốn đầu tư thấp trong giới hạn cho phép. Khi xây dựng dở dang sẽ phải làm thủ tục để bổ sung kinh phí, thường là cao hơn nhiều so với thiết kế. Số tiền chênh lệch này sẽ được các đối tượng phạm tội tìm cách rút ra để chiếm đoạt.

- Trong khâu tổ chức đấu thầu: Theo quy định phải tổ chức đấu thầu nhưng chủ đầu tư lại tự ý bỏ thầu cho một đơn vị cụ thể sau đó làm hồ sơ hợp thức hóa việc đấu thầu, sau đó đơn vị thắng thầu sẽ trích lại một khoản “lệ phí” nhất định cho chủ đầu tư (khoảng 5 đến 15% giá trị của công trình) tùy theo thỏa thuận trước đó. Khoản tiền này sẽ được đơn vị thắng thầu tìm mọi cách hạch toán vào công trình gây thiệt hại lớn cho ngân sách nhà nước.

- Trong khâu giải phóng mặt bằng: Ban chỉ đạo giải phóng mặt bằng khai khống diện tích đền bù giải phóng mặt bằng, khai khống hiện trạng hoa màu, công trình trên đất, khai khống diện tích đất, cùng một thửa đất lấy tiền đền bù nhiều lần, khai khống số hộ đền bù và chi phí đền bù để rút tiền của Nhà nước; móc ngoặc với dân khai tăng giá trị đền bù để ăn chia phần

chênh lệch. Đơn cử như: Khi giải tỏa nhà ngói thay nhà tranh, tách một hộ thành nhiều hộ, số lượng ít thành nhiều, cây mới trồng thành cây ăn quả lâu năm... Việc khai báo, xác nhận và chi trả tiền đền bù không bao giờ cũng có sự móc ngoặc giữa đối tượng được đền bù với cơ quan tổ chức giải phóng mặt bằng.

- Trong khâu thiết kế: Khi thiết kế thường thiết kế dư ra về kết cấu vật liệu, khối lượng vật tư. Đến khi thi công, đơn vị thi công cứ việc rút bớt định mức về vật tư, nguyên liệu hoặc thay đổi kết cấu vật liệu nhưng không làm ảnh hưởng đến chất lượng công trình nhằm tạo ra một lượng nguyên vật liệu dư dôi để chia nhau giữa các bên. Việc hợp lý hóa được thực hiện ở giai đoạn nghiệm thu khi có sự thống nhất giữa các bên như chủ đầu tư, nhà thầu cùng người thiết kế là đã thi công đúng với thiết kế đã được duyệt.

- Trong khâu thi công: Khi thi công thì thi công không đúng quy trình, tiêu chuẩn kỹ thuật, bớt xén vật liệu, thay đổi loại vật liệu giá rẻ hơn, như dùng thép nội thay thép ngoại, bê tông trộn tại chỗ thay bê tông tươi, gạch thủ công thay gạch lò tuyền, gạch đá ốp lát và thiết bị vệ sinh chất lượng thấp thay cho loại chất lượng cao, làm bừa, làm ẩu để giảm nhân công... với mục đích cuối cùng là giảm giá thành xây dựng.

- Trong giám sát thi công: Trong khâu này, giữa bên giám sát và bên thi công đã có sự thông đồng, thỏa thuận từ trước nên bên giám sát cố tình không giám sát tạo điều kiện cho bên thi công thi công không đúng quy trình đã đặt ra từ trước; cũng có trường hợp, bên giám sát cố tình gây khó khăn cho bên thi công, các công đoạn của công trình đã làm xong phải tháo ra làm lại nhiều lần. Để thuận lợi, bên thi công phải “chung chi” cho bên giám sát, số tiền “chung chi” đó sẽ được bên thi công tìm cách rút ruột công trình để bù lại. Có nhiều trường hợp, bên giám sát còn gợi ý, hướng dẫn cho bên thi công cách phải rút bớt nguyên liệu, chủng loại thế nào, ở công đoạn cụ thể nào để đôi bên cùng có lợi.

- Trong quá trình nghiệm thu, thanh quyết toán công trình: Chủ đầu tư thông đồng với đơn vị thi công tính toán không chính xác khối lượng xây lắp hoàn thành; tính toán sai chênh lệch về giá vật tư, thiết bị giữa thực tế quyết toán với giá trên thị trường; quyết toán sai hoặc không khối lượng, chủng loại vật tư, thiết bị để thanh toán cho nhà thầu, gây thất thoát cho ngân sách Nhà nước.

***Thứ ba, về đồ vật, phương tiện sử dụng để phạm tội và tài sản bị chiếm đoạt.***

- Những đồ vật, phương tiện mà các đối tượng phạm tội thường sử dụng để thực hiện tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình có thể kể đến như: Hợp đồng xây dựng, hợp đồng về nhân công, máy thi công, các hợp đồng kinh tế khác; các hóa đơn chứng từ, các phương tiện giao thông dùng để chuyên chở tài sản tại các công trình khi chiếm đoạt được như ô tô, mô tô, tàu thuyền...; các lệnh chi, phiếu chi tiền; dấu giả, chữ ký giả...

- Tài sản bị chiếm đoạt tồn tại dưới hai dạng là tiền mặt và hiện vật (vật liệu xây dựng, các thiết bị xây lắp công trình...). Tuy nhiên, cho dù tài sản ở dạng nào thì cuối cùng cũng được các đối tượng chuyển hóa thành tiền để chiếm hưởng, tiêu xài, tẩu tán hay chia chác trong các vụ án tham ô tài sản có đồng phạm.

Xuất phát từ những đặc điểm đặc trưng của tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình đã nêu ở trên do đó công tác đấu tranh của các lực lượng chức năng trong đó có lực lượng Cảnh sát kinh tế với loại tội phạm này trên thực tế đã gặp phải những khó khăn nhất định.

## **2. Khó khăn, vướng mắc trong công tác điều tra khám phá của lực lượng cảnh sát kinh tế đối với tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình**

Trên cơ sở lý luận và thực tiễn, quá trình điều tra khám phá của lực lượng cảnh sát kinh tế đối với tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình gặp những khó khăn, vướng mắc sau đây:

***Thứ nhất, khó khăn trong việc trung cầu giám định chất lượng công trình.***

Xuất phát từ tài sản mà các đối tượng chiếm đoạt trong xây dựng công trình là hiện vật như nguyên vật liệu (sắt, thép, xi măng), thiết bị lát đặt, xây dựng... Những tài sản này do tính chất của nó khó định lượng chính xác khi đã kết chuyển vào các thành phẩm, các công trình hay dễ bị thay đổi dưới sự tác động của các cơ chế lý, hóa, sinh học dẫn đến thay đổi số lượng, hàm lượng, giá trị, đòi hỏi phải có các phương tiện kỹ thuật phân tích, đo lường có độ chính xác cao để xác định giá trị tài sản bị hao hụt.

Để có cơ sở pháp lý trong việc chứng minh hành vi phạm tội, cơ quan tiến hành tố tụng cần ra Quyết định trưng cầu giám định chất lượng công trình. Tuy nhiên, việc trưng cầu giám định trong nhiều trường hợp còn gặp những khó khăn nhất định bởi số tiền cần cho công tác giám định tư pháp trong lĩnh vực xây dựng còn rất hạn chế. Trong khi đó kinh phí cho giám định tư pháp trong lĩnh vực xây dựng chiếm tỷ trọng cao trong toàn bộ kinh phí chi cho công tác giám định do phải áp dụng các biện pháp, máy móc kỹ thuật chuyên ngành để lấy mẫu, so sánh, đánh giá về chất lượng công trình, có vụ án kinh phí giám định trên tỷ đồng nên cơ quan điều tra chưa đáp ứng được hoặc cần nhiều thời gian để được cấp kinh phí điều tra dẫn đến chậm trễ trong việc giám định trong thời hạn điều tra ngắn, nhất là trong quá trình xử lý, xác minh đơn thư. Trong khi đó các đơn vị được trưng cầu giám định lại yêu cầu cơ quan điều tra phải ứng khoản tiền thanh toán rất lớn trước mới tiến hành giám định. Điều này làm cho quá trình xử lý vụ án, vụ việc bị kéo dài hoặc không thể xử lý được.

***Thứ hai, khó khăn trong việc trưng cầu giám định tài chính kế toán.***

Đối với các vụ án tham ô tài sản trong xây dựng công trình, các cơ quan giám định tài chính kế toán thường yêu cầu phải có giám định chất lượng công trình trước hoặc công trình phải được quyết toán thì mới có cơ sở kết luận về tài chính kế toán, kể cả công trình đã qua kiểm toán. Trong khi đó các công trình xây



dựng cơ bản thi công trong nhiều năm và không biết khi nào mới quyết toán được. Vì vậy, công tác giám định không thực hiện được vì cơ quan truy tố, xét xử đòi hỏi phải quyết toán công trình thì kết luận giám định mới có giá trị pháp lý. Nếu chưa quyết toán thì mặc dù có việc lập chứng từ giả mạo, tiền đã xuất ra khỏi quỹ, bị chiếm đoạt vào túi cá nhân nhưng các cơ quan truy tố, xét xử vẫn cho rằng đó là khoản tiền tạm ứng, chưa quyết toán thì chưa cấu thành tội phạm. Đây chính là nguyên nhân mà có rất ít các vụ án tham ô tài sản trong xây dựng công trình được khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử trong thời gian qua.

**Thứ ba, khó khăn trong việc tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố.**

Theo quy định tại Khoản 1 Điều 11 Thông tư liên tịch số 01/2017/TTLT-BCA-BQP-BTC-BNN&PTNT-VKSNDTC ngày 29/12/2017 hướng dẫn về việc tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố thì thời hạn giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố không quá 20 ngày kể từ ngày cơ quan có thẩm quyền nhận được tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố. Đối với những tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố có nhiều tình tiết phức tạp thì cơ quan đang thụ lý, giải quyết có thể kéo dài thời hạn giải quyết nhưng không quá 02 tháng. Tuy nhiên, tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình là tội phạm có tính chất đặc thù, có nhiều yếu tố phức tạp, do đó có những vụ việc phải mất rất nhiều thời gian thì Cơ quan điều tra mới thu thập được đủ tài liệu chứng minh hành vi phạm tội. Chính vì vậy, việc quy định thời hạn chung cho tất cả các vụ việc như vậy sẽ gây ra nhiều khó khăn cho việc tiếp nhận, giải quyết thông tin về những vụ việc tham ô tài sản trong xây dựng công trình có tính chất phức tạp.

**Thứ tư, khó khăn trong việc áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt.**

Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 có quy định việc áp dụng biện pháp điều tra tố tụng

đặc biệt như: Ghi âm bí mật; ghi hình bí mật; nghe điện thoại bí mật; thu thập bí mật dữ liệu điện tử đối với một số tội phạm trong đó có tội phạm về tham nhũng nói chung và tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình nói riêng tại Chương XVI. Việc quy định này là rất cần thiết, tuy nhiên đến nay vẫn chưa có hướng dẫn cụ thể, chi tiết nên trong quá trình thực hiện, lực lượng cảnh sát kinh tế cũng gặp phải những khó khăn nhất định.

**Thứ năm, khó khăn trong việc trao đổi, cung cấp thông tin về tội phạm và vi phạm pháp luật liên quan đến hành vi tham ô tài sản trong xây dựng công trình.**

Sự phối hợp giữa lực lượng cảnh sát kinh tế với lực lượng khác như thanh tra của Bộ xây dựng, Sở xây dựng các tỉnh còn chưa chặt chẽ, thường xuyên, đặc biệt là trong việc trao đổi cung cấp các thông tin có liên quan đến các vụ việc có dấu hiệu phạm tội tham ô tài sản trong xây dựng công trình, đa phần mới chỉ phối hợp theo sự vụ mà chưa cụ thể hóa bằng việc ký kết quy chế phối hợp giữa các lực lượng. Trong khi đó, các vụ án tham ô tài sản trong xây dựng công trình chủ yếu được phát hiện thông qua các tài liệu thanh tra, kiểm tra do Thanh tra Bộ xây dựng, Sở xây dựng các tỉnh chuyển giao cho cơ quan điều tra.

**Thứ sáu, về trình độ, năng lực chuyên môn của cán bộ làm công tác đấu tranh phòng chống tội phạm.**

Việc tiến hành các biện pháp nghiệp vụ của lực lượng cảnh sát kinh tế phục vụ công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình vẫn còn mang nặng tính hình thức, chưa có trọng tâm, trọng điểm; một bộ phận không nhỏ cán bộ còn hạn chế kiến thức về quản lý kinh tế, kiến thức xây dựng, tài chính, kế toán do đó chưa thực sự chủ động trong việc phát hiện, điều tra khám phá tội phạm.

### 3. Kiến nghị, đề xuất

Từ những khó khăn, vướng mắc trong công tác điều tra khám phá của lực lượng cảnh sát kinh tế với tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình đã nêu ở trên, để nâng cao hiệu

quả công tác điều tra khám phá với loại tội phạm này, lực lượng cảnh sát kinh tế cần làm tốt những mặt công tác sau đây:

*Một là*, tập trung vào việc tuyên truyền, phổ biến, quán triệt thực hiện có hiệu quả Luật giám định tư pháp năm 2012, Thông tư liên tịch số 01/2017/TTLT-VKSNDTC-BCA-BTP ngày 13/12/2017 giữa Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Công an và Bộ Tư pháp quy định những trường hợp cần thiết phải trưng cầu giám định tư pháp trong giải quyết các vụ án, vụ việc về tham nhũng, kinh tế. Trong đó chú ý vào trường hợp cần thiết phải trưng cầu giám định về đầu tư, xây dựng, thuế tài chính, ngân hàng, chứng khoán, đất đai là những lĩnh vực thường xuyên xảy ra tham ô tài sản – Điều 4 Thông tư liên tịch số 01 (trong đó có tham ô tài sản trong xây dựng công trình).

*Hai là*, trao đổi với các đơn vị có thẩm quyền trong việc giám định tài chính kế toán về việc thay đổi yêu cầu phải có giám định chất lượng công trình trước hoặc công trình phải được quyết toán thì mới có cơ sở để kết luận về tài chính kế toán. Bởi lẽ, cho dù công trình chưa được quyết toán thì việc các đối tượng lập chứng từ giả mạo để xuất được tiền ra khỏi quỹ của công ty đều nhằm mục đích chiếm đoạt tài sản để sử dụng cho nhu cầu cá nhân hay chia chác trong các vụ án tham ô tài sản có đồng phạm. Không nhất thiết phải có kết luận giám định chất lượng công trình xong mới tiến hành giám định tài chính kế toán.

*Ba là*, do tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình là tội phạm có diễn biến phức tạp, có những vụ việc phải mất rất nhiều thời gian thì cơ quan điều tra mới thu thập được đủ tài liệu, chứng cứ chứng minh hành vi phạm tội nên cần tham mưu, đề xuất gia hạn thời hạn giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm tham ô tài sản nói chung và tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình nói riêng, kiến nghị khởi tố để quá trình điều tra vụ án được diễn ra một cách thuận lợi.

*Bốn là*, đề nghị Cục Cảnh sát kinh tế tham mưu, kiến nghị với các cơ quan liên ngành tư

pháp trung ương sớm có hướng dẫn, chỉ đạo thống nhất đánh giá chứng cứ về thủ đoạn phạm tội cũng như cách thức vận dụng pháp luật để giải quyết các vụ việc phức tạp khi cơ quan điều tra xin ý kiến về một số tội danh tham nhũng, trong đó có tham ô tài sản trong quá trình áp dụng các quy định của Bộ luật tố tụng hình sự mới gặp khó khăn, vướng mắc. Cụ thể là kiến nghị khẩn trương ban hành các quy định dưới luật hướng dẫn áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt đối với một số tội phạm trong đó có tội phạm tham ô tài sản quy định tại Chương XVI Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 nhất là về cơ quan thực hiện, trình tự thủ tục tiến hành...

*Năm là*, đề nghị Bộ Công an, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ xây dựng phối hợp xây dựng, ban hành Thông tư liên tịch về quan hệ phối hợp trong phát hiện, điều tra, xử lý các vụ việc có dấu hiệu phạm tội trong lĩnh vực xây dựng cơ bản, trong đó có hành vi phạm tội tham ô tài sản trong xây dựng công trình nhằm tạo ra cơ sở pháp lý thuận lợi cho hoạt động của các ngành trong công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm trong lĩnh vực này. Đồng thời đề xuất với các cấp có thẩm quyền bổ sung nguồn kinh phí trong việc giám định chất lượng công trình.

*Sáu là*, lãnh đạo các đơn vị cảnh sát kinh tế cần có quy định cụ thể trong việc tuyển chọn và sắp xếp vị trí công tác hợp lý cho các cán bộ cảnh sát kinh tế trong đấu tranh phòng chống tội phạm về tham nhũng nói chung, tội phạm tham ô tài sản trong xây dựng công trình nói riêng, đòi hỏi số cán bộ làm công tác này phải có bằng đại học thứ 2 về kiến thức kế toán, tài chính, kiến thức về xây dựng... phù hợp với từng vị trí công tác cụ thể.

*Bảy là*, tổ chức tốt công tác điều tra nghiên cứu, nắm tình hình hoạt động của những đơn vị thi công các công trình xây dựng trên địa bàn để kịp thời phát hiện những vi phạm pháp luật trong triển khai xây dựng các công trình qua đó lựa chọn biện pháp phòng ngừa hoặc điều tra, xử lý hiệu quả./.



## HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ VỀ TỘI PHẠM CHẾ TẠO, TÀNG TRỮ, VẬN CHUYỂN, SỬ DỤNG, MUA BÁN TRÁI PHÉP HOẶC CHIẾM ĐOẠT VẬT LIỆU NỔ TỪ THỰC TIỄN QUÁ TRÌNH ĐIỀU TRA VỤ ÁN

Bùi Trung Bun<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ được quy định tại Điều 305 Bộ luật hình sự (BLHS) năm 2015, sửa đổi bổ sung năm 2017. Trong những năm qua, cơ quan An ninh điều tra (ANĐT) các cấp đã khởi tố, điều tra nhiều vụ án loại này. Quá trình điều tra vụ án, cơ quan ANĐT đã gặp một số khó khăn nhất định xuất phát từ quy định của pháp luật. Bài viết làm rõ những khó khăn này, từ đó đề xuất các giải pháp để hoàn thiện quy định của pháp luật về tội phạm chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ.

**Từ khóa:** Chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ.

Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 20/03/2020; Duyệt đăng: ...

**Abstract:** Crimes of manufacturing, storing, transporting, using, trading illegally or appropriating explosive materials are specified in Article 305 of the Criminal Code 2015, amended in 2017. Over the past years, the Investigation Security Agencies have prosecuted, investigated many cases of these crimes. In the course of investigating cases, the Investigation Security Agencies encountered certain difficulties stemming from the provisions of law. The article clarifies these difficulties and suggests solutions to complete the law on crimes of manufacturing, storing, transporting, using, trading illegally or appropriating explosive materials.

**Keywords:** Manufacturing, storing, transporting, trading illegally or appropriating explosive materials.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 20/03/2020; Date of Approval: ...

Vật liệu nổ là một loại vật liệu đặc biệt do Nhà nước độc quyền về sản xuất, kinh doanh và tổ chức quản lý một cách nghiêm ngặt. Các tổ chức, cá nhân chỉ được tham gia hoạt động có liên quan đến vật liệu nổ khi đã được cơ quan có thẩm quyền cấp phép và phải tuân thủ nghiêm ngặt các quy định của pháp luật về tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật an toàn và các quy định liên quan đảm bảo an ninh, trật tự xã hội, an toàn cho con người, tài sản và môi trường thiên nhiên. Mọi hành vi chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ đều bị nghiêm cấm và có thể bị xử lý hình sự. Tội phạm chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ được quy định tại

Điều 305 BLHS năm 2015, sửa đổi bổ sung năm 2017. Đây là loại tội phạm rất nguy hiểm, ảnh hưởng tiêu cực đến trật tự an toàn xã hội. Loại tội phạm này không chỉ gây ra những vấn đề phức tạp, làm ảnh hưởng xấu đến tình hình an ninh trật tự mà còn tạo tiền đề cho các loại tội phạm khác như khủng bố, tài trợ khủng bố, khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân...

Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, Luật tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã quy định cơ quan ANĐT trong lực lượng công an nhân dân có thẩm quyền điều tra các tội xâm phạm an ninh quốc gia (quy định tại chương XIII BLHS), các tội phá hoại hòa bình, chống loài người, tội phạm chiến tranh (chương XXVI

<sup>1</sup> Thạc sỹ, Giảng viên Khoa An ninh điều tra, Học viện An ninh nhân dân.

BLHS) và một số loại tội xâm phạm các lĩnh vực khác của trật tự pháp luật xã hội chủ nghĩa trong đó có tội “Chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ” (Điều 305 BLHS). Thực tiễn điều tra vụ án về các tội này còn một số vướng mắc, bất cập cần có giải pháp khắc phục trong đó có giải pháp về hoàn thiện pháp luật.

### **1. Thực tiễn điều tra vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ**

Từ năm 2009 (thời điểm BLHS năm 1999 sửa đổi bổ sung năm 2009) đến hết tháng 12/2019, cơ quan ANĐT trong lực lượng công an nhân dân các cấp đã khởi tố, điều tra 517 vụ án, tương ứng với đó là 1251 đối tượng phạm tội.

Qua công tác điều tra, xử lý loại án cho thấy các vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ chủ yếu xảy ra tại các tỉnh miền trung và miền núi phía bắc, tập trung tại Quảng Ninh, Tuyên Quang, Nghệ An, Thanh Hóa, Quảng Nam, Quảng Ngãi, Bình Định, Khánh Hòa,... Phương thức, thủ đoạn phạm tội đa dạng; mục đích phạm tội phổ biến vì lý do kinh tế, sử dụng chất nổ để kiếm lời, phục vụ việc đánh bắt cá, khai thác quặng hoặc vì nhu cầu dân sinh khác. Ngoài ra, trong các vụ án xâm phạm an ninh quốc gia, có đối tượng từ nước ngoài xâm nhập về Việt Nam để thuê đối tượng tìm mua, đặt chất nổ để phục vụ mục đích chính trị. Tại một số địa phương thời gian qua xảy ra các vụ gây nổ ở trụ sở ủy ban hoặc nhà cán bộ lãnh đạo mang tính chất khủng bố, có vụ đã phát hiện được thủ phạm, có vụ đang tiến hành điều tra, không loại trừ có động cơ chính trị và mục đích chống chính quyền. Về nguồn vật liệu nổ qua điều tra thấy phổ biến là nguồn vật liệu nổ còn sót lại sau chiến tranh (các tỉnh miền Trung, miền Nam), thuốc nổ công nghiệp (ở khu vực miền núi phía Bắc) được nhập lậu từ nước ngoài (Trung Quốc, Lào, Campuchia) vào Việt Nam qua biên giới, cửa khẩu. Đáng chú ý thời gian qua có nhiều vụ án phức tạp, thu được số lượng thuốc nổ lớn, như: Công an

Nghệ An bắt 1 vụ 6 tên thu được 1944 kg thuốc nổ, Công an Lào Cai bắt 1 vụ 3 tên thu 4360 kg thuốc nổ, 41400 kíp nổ, 30700 m dây cháy chậm...

Công tác điều tra, xử lý vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ thời gian qua của cơ quan ANĐT các cấp đã đạt được nhiều kết quả tích cực. Cơ quan ANĐT đã có sự phối hợp tích cực, chặt chẽ với Viện kiểm sát nhân dân, Tòa án nhân dân các cấp cũng như các cơ quan chuyên môn từ giai đoạn tiếp nhận, điều tra ban đầu, tiến hành khởi tố, áp dụng các biện pháp điều tra đến giai đoạn lập hồ sơ, đề nghị truy tố. Nhiều vụ án đưa ra xét xử đạt kết quả, đảm bảo tốt các yêu cầu chính trị, pháp luật, góp phần bảo vệ an ninh quốc gia, giữ gìn trật tự, an toàn xã hội và sức khỏe, tính mạng của người dân.

### **2. Những khó khăn, vướng mắc trong quá trình điều tra vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ**

Mặc dù đã đạt được nhiều kết quả tốt, quá trình điều tra, xử lý vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ, cơ quan ANĐT các cấp đã và đang gặp một số khó khăn, vướng mắc ảnh hưởng tới kết quả, tiến độ của cuộc điều tra. Nguyên nhân chủ yếu của các khó khăn, vướng mắc này chủ yếu đến từ các quy định của pháp luật về tội phạm chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ. Cụ thể là:

#### ***Thứ nhất, về xác định tội danh khởi tố.***

- Điều 305 BLHS quy định tội ghép với cấu thành bao gồm 6 loại hành vi: chế tạo trái phép vật liệu nổ, tàng trữ trái phép vật liệu nổ, vận chuyển trái phép vật liệu nổ, sử dụng trái phép vật liệu nổ, mua bán trái phép vật liệu nổ, chiếm đoạt vật liệu nổ. Trong đó, có nhiều hành vi thường đi kèm với nhau, chẳng hạn như hành vi “vận chuyển trái phép vật liệu nổ” thường đi kèm với hành vi “tàng trữ trái phép vật liệu nổ”,... Vì vậy trong quá trình điều tra, xử lý, các cơ quan điều tra, nhất là các cơ quan



điều tra ở địa phương gặp lúng túng, vướng mắc khi định tội danh và không thống nhất trong việc viện dẫn các điều luật trong quá trình đưa ra các quyết định về tố tụng. Bên cạnh đó, có thể thấy rằng, 6 loại hành vi nêu trên có mức độ nguy hiểm cho xã hội khác nhau, khi xếp cùng trong 01 tội sẽ không thực sự đảm bảo sự răn đe cũng như việc phòng ngừa tội phạm.

- Trong một số vụ án, có trường hợp thuốc nổ được lấy từ đạn pháo, bom mìn còn sót lại trong chiến tranh thì giữa các cơ quan điều tra nói riêng, cơ quan tiên hành tố tụng nói chung ở nhiều địa phương còn có ý kiến khác nhau về tội danh khởi tố đối với đối tượng gồm: Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật hình sự (Điều 304 BLHS năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017) hoặc tội Chế tạo vật liệu nổ, tàng trữ vật liệu nổ, vận chuyển vật liệu nổ, sử dụng vật liệu nổ, mua bán vật liệu nổ, chiếm đoạt vật liệu nổ (Điều 305 BLHS năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017). Ví dụ như vụ án Phạm Văn Chí có hành vi mua các đầu đạn pháo để gỡ ra lấy thuốc nổ bán, cơ quan ANĐT rất phân vân trong việc khởi tố tội danh theo Điều 305 hay 306 BLHS.

**Thứ hai**, hiện nay, cơ quan ANĐT các cấp vẫn sử dụng Thông tư liên ngành số 01/1995/TTLN ngày 07/01/1995 của Tòa án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ nội vụ để giải quyết một số vướng mắc tại Điều 305 BLHS năm 2015. Thông tư này vẫn còn phù hợp về mặt lý luận và thực tiễn, quy định về đối tượng điều chỉnh của Điều 305 BLHS năm 2015, tuy nhiên, vẫn nảy sinh một số vấn đề như sau:

- Tại các Khoản 2,3,4 Điều 305 BLHS năm 2015, sửa đổi bổ sung năm 2017 thì một trong

những căn cứ để định khung hình phạt đối với các loại phụ kiện nổ là có số lượng “lớn”, “rất lớn”, “đặc biệt lớn”<sup>2</sup>. Theo Thông tư liên ngành số 01/1995/TTLN, tại mục “*III. Về số lượng vật phạm pháp để làm căn cứ truy cứu trách nhiệm hình sự theo các khoản của điều luật*” thì phụ kiện nổ chỉ gồm: dây phóng, dây cháy chậm, dây nổ, kíp mìn, nựu xùy<sup>3</sup>. Như vậy, những vật được nêu tại Thông tư liên ngành số 01/TTLN vẫn chưa đủ nội hàm của “vật liệu nổ” theo Luật quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ năm 2017. Theo quy định tại Điều 3 của Luật quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ năm 2017 thì “Phụ kiện nổ là kíp nổ, dây nổ, dây cháy chậm, mìn nổ, vật phẩm chứa thuốc nổ có tác dụng tạo xung kích thích ban đầu làm nổ khối thuốc nổ hoặc thiết bị chuyên dùng có chứa thuốc nổ”<sup>4</sup>.

- Về khối lượng thuốc nổ đối với từng hình phạt. Theo quy định tại Điều 305 BLHS thì phạt tù từ 3 năm đến 10 năm với lượng thuốc nổ từ 10kg đến dưới 30kg, phạt tù từ 7 năm đến 15 năm với lượng thuốc nổ từ 30 kg đến dưới 100kg, phạt tù trên 15 năm đối với số thuốc nổ trên 100kg. Trong khi đó, tại Thông tư liên ngành số 01/1995/TTLN khối lượng vật liệu nổ thì phạt tù từ 3 năm đến 10 năm với lượng thuốc nổ từ 1kg đến 15kg, phạt tù từ 7 năm đến 15 năm với lượng thuốc nổ từ 15kg đến 75kg, phạt tù từ 15kg trở lên với khối lượng thuốc nổ trên 75kg.

**Thứ ba**, về việc giám định vật liệu nổ trong điều tra vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ.

Theo quy định tại Mục 5, Điều 206, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 về các trường hợp bắt buộc phải trưng cầu giám định thì bắt buộc phải trưng cầu giám định khi cần xác định: “Chất ma túy, vũ khí quân dụng, vật liệu nổ,

<sup>2</sup> Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, BLHS năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017, tr. 382.

<sup>3</sup> Thông tư liên ngành số 01/1995/TTLN ngày 07/01/1995 của Tòa án nhân dân tối cao – Viện Kiểm sát nhân dân tối cao – Bộ nội vụ, tr. 3.

<sup>4</sup> Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Luật quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ năm 2017, tr. 5.

chất cháy, chất độc, chất phóng xạ, tiền giả, vàng, bạc, kim khí quý, đá quý, đồ cổ”<sup>5</sup>. Như vậy, vật liệu nổ là vật chứng phải trưng cầu giám định theo quy định của pháp luật. Tại Khoản c, Mục 1, Điều 208, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 thì thời hạn giám định đối với vật liệu nổ là “không quá 9 ngày”<sup>6</sup>. Trong khi đó, thời hạn tạm giữ lần 1 chỉ có 3 ngày, thời hạn tạm giữ tối đa (sau khi gia hạn 2 lần) cũng chỉ là 9 ngày theo quy định tại Điều 118 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Vì vậy, trên thực tế, nhiều trường hợp đã hết thời hạn tạm giữ, cơ quan điều tra vẫn chưa nhận được kết luận giám định, gây khó khăn nhất định cho công tác điều tra.

Mặt khác, chưa có quy định phải giám định tất cả vật chứng thu giữ hay chỉ gửi số lượng mẫu nhất định nên việc áp dụng của các địa phương không thống nhất. Có nhiều trường hợp, cơ quan điều tra gửi lượng mẫu nghi là vật liệu nổ cần giám định lên tới 500 kg<sup>7</sup>.

### **3. Đề xuất, kiến nghị**

Để kịp thời tháo gỡ những vướng mắc trong áp dụng các quy định pháp luật, góp phần nâng cao hiệu quả công tác đấu tranh, phòng, chống tội phạm chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ, tác giả đưa ra một số đề xuất nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật liên quan đến tội danh này như sau:

#### **Thứ nhất, về tên tội danh.**

- Về lâu dài, cần tách Điều 207 BLHS 2015 thành 5 Điều cụ thể “tội tàng trữ, vận chuyển trái phép vật liệu nổ”, “tội mua bán trái phép vật liệu nổ”, “tội chiếm đoạt vật liệu nổ”, “tội chế tạo vật liệu nổ”, “tội sử dụng vật liệu nổ” với các khung hình phạt tương ứng nhằm phân biệt tính chất, mức độ nguy hiểm và hình phạt đối với các hành vi khác nhau. Đối với nhóm tội phạm về chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật

liệu nổ cần có nhiều hơn 01 điều luật điều chỉnh 6 hành vi: chế tạo trái phép, tàng trữ trái phép, vận chuyển trái phép, sử dụng trái phép, mua bán trái phép, chiếm đoạt vật liệu nổ. Theo đó, tách Điều 305 BLHS 2015 thành 5 Điều riêng biệt như trên với các chế tài phù hợp sẽ có ý nghĩa răn đe và phòng ngừa lớn, giúp các cơ quan chức năng xử lý đúng người, đúng tội.

Với đề xuất tách Điều 207 BLHS năm 2015 thành 5 Điều luật tương ứng như trên, các nhà làm luật sẽ có thể phân biệt tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của từng hành vi phạm tội thông qua việc quy định loại hình phạt và khung hình phạt đối với từng tội danh. Căn cứ vào mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội có thể quy định như sau: “Tội tàng trữ, vận chuyển trái phép vật liệu nổ” quy định các khung hình phạt đối với tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng, rất nghiêm trọng; “Tội mua bán trái phép vật liệu nổ”, “Tội chế tạo trái phép vật liệu nổ”, “Tội chiếm đoạt vật liệu nổ” quy định các khung hình phạt tương ứng với tội phạm nghiêm trọng và tội phạm rất nghiêm trọng; “Tội sử dụng vật liệu nổ” do tính chất nguy hiểm cho xã hội rất lớn nên các khung hình phạt tương ứng đối với tội phạm nghiêm trọng, tội phạm rất nghiêm trọng và tội phạm đặc biệt nghiêm trọng.

Tuy nhiên, trước mắt, để áp dụng một cách thống nhất về tên tội danh được khởi tố giữa các cơ quan ANĐT các cấp, cần có văn bản hướng dẫn trong ngành công an về việc khởi tố tội danh theo hướng như sau: Nếu chỉ thực hiện một hành vi trong các hành vi quy định tại điều luật này thì truy cứu theo đúng tên tội danh tương ứng với hành vi phạm tội; nếu thực hiện nhiều hành vi mà các hành vi đó có liên quan chặt chẽ với nhau, hành vi này là điều kiện hoặc hệ quả tất yếu của hành vi kia thì bị truy cứu tên đầy đủ đối với các hành vi phạm

<sup>5</sup> Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Bộ luật tố tụng hình sự 2015, tr.160.

<sup>6</sup> Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Bộ luật tố tụng hình sự 2015, tr.161.

<sup>7</sup> Cơ quan An ninh điều tra, Bộ Công an, *Kỹ yếu tổng kết kinh nghiệm điều tra vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, lưu hành, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ* năm 2015, tr. 68.



tội và chỉ chịu 01 hình phạt; Nếu thực hiện nhiều hành vi mà mỗi hành vi độc lập với nhau thì có thể áp dụng truy cứu từng tội danh sau đó tổng hợp hình phạt theo Điều 56 BLHS năm 2015.

- Đối với trường hợp cơ quan điều tra các cấp phân vân giữa việc khởi tố điều tra theo tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật hình sự (Điều 304 BLHS năm 2015, sửa đổi bổ sung năm 2017) hoặc tội chế tạo vật liệu nổ, tàng trữ vật liệu nổ, vận chuyển vật liệu nổ, sử dụng vật liệu nổ, mua bán vật liệu nổ, chiếm đoạt vật liệu nổ (Điều 305 BLHS năm 2015, sửa đổi bổ sung năm 2017) thì Bộ công an cần ra văn bản hướng dẫn theo hướng sau: Đối với trường hợp thuốc nổ được lấy từ các loại vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật hình sự (trong đó có cả đạn pháo, bom mìn còn sót lại trong chiến tranh) thì cần trưng cầu giám định về tính năng, tác dụng của vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật hình sự đó. Nếu các vật trên vẫn còn tính năng tác dụng thì khởi tố theo tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật hình sự. Ngược lại, nếu các vật đó không còn tính năng, tác dụng thì khởi tố với tội chế tạo vật liệu nổ, tàng trữ vật liệu nổ, vận chuyển vật liệu nổ, sử dụng vật liệu nổ, mua bán vật liệu nổ, chiếm đoạt vật liệu nổ<sup>8</sup>.

**Thứ hai**, cần ban hành Thông tư liên tịch hướng dẫn thực hiện Điều 305 BLHS thay thế cho Thông tư liên ngành số 01/TTLN với các nội dung cụ thể như sau:

- Xác định cụ thể về tình tiết phạm pháp với số lượng “lớn”, “rất lớn”, “đặc biệt lớn” nêu trong Điều 305 BLHS về định lượng đối với các phụ kiện nổ, trong đó, liệt kê chi tiết các loại phụ kiện nổ theo quy định tại Điều 3 Luật

quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ năm 2017 gồm: kíp nổ, dây nổ, dây cháy chậm, mìn nổ, vật phẩm chứa thuốc nổ có tác dụng tạo xung kích thích ban đầu làm nổ khối thuốc nổ hoặc thiết bị chuyên dùng có chứa thuốc nổ.

- Bổ quy định về số lượng thuốc nổ để định khung hình phạt trong Thông tư liên ngành số 01/1995/TTLN vì số lượng vật liệu nổ đã được quy định cụ thể tại Điều 305 BLHS.

- Bên cạnh đó, cần phải bổ sung chủ thể Bộ Quốc phòng tham gia Thông tư thay thế cho Thông tư liên ngành số 01/TTLN để tăng thêm phạm vi, hiệu lực của văn bản và có đủ căn cứ pháp lý cho các cơ quan tố tụng thực hiện. Bởi vì quá trình điều tra vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ theo quy định hiện nay, cơ quan ANĐT các cấp phải bàn giao vật chứng là vật liệu nổ để bảo quản tại các cơ quan chuyên trách của Bộ Quốc phòng. Bên cạnh đó, cũng có những vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ không thuộc thẩm quyền của cơ quan ANĐT Bộ Công an mà do cơ quan ANĐT của Bộ quốc phòng thụ lý.

**Thứ ba**, đối với thời hạn giám định của vật liệu nổ, cần thu hẹp thời gian giám định đối với vật liệu nổ vì việc giám định một chất có phải vật liệu nổ hay không cũng không quá phức tạp. Thực tế, các cơ quan giám định để xác định một vật có phải vật liệu nổ hay không thường không quá 3 ngày<sup>9</sup>. Khoảng thời gian cần thiết để giám định này vừa bằng thời gian tạm giữ lần 1. Như vậy, theo đó, đối với Điều 208 Bộ luật tố tụng hình sự về thời hạn giám định với vật liệu nổ nên sửa thành “không quá 3 ngày” thay vì “không quá 9 ngày”. Đối với số lượng mẫu vật chứng cần gửi đi giám định, nhiều vụ án số lượng vật liệu nổ thu được rất lớn nên không nhất thiết phải gửi tất cả đi giám

<sup>8</sup> Cơ quan An ninh điều tra, Bộ Công an, *Kỷ yếu tổng kết kinh nghiệm điều tra vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, lưu hành, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ năm 2015*, tr 25.

<sup>9</sup> Viện Khoa học hình sự - Bộ Công an, *Tài liệu tập huấn về công tác giám định tư pháp năm 2015*, tr 34.

định, vì vậy cần có văn bản hướng dẫn chỉ cần giám định mẫu vật, không nhất thiết phải trưng cầu giám định với toàn bộ vật chứng thu được. Theo Kỹ yếu tổng kết kinh nghiệm điều tra vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, lưu hành, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ năm 2015 của cơ quan ANĐT Bộ Công an thì mẫu giám định được đề xuất là từ 1-5 kg căn cứ vào số lượng vật chứng thu được<sup>10</sup>. Tác giả đồng tình với đề xuất này.

Trên đây là một số vấn đề liên quan đến tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ được quy định tại Điều 305 BLHS 2015, sửa đổi bổ sung năm 2017. Trong phạm vi bài viết, tác giả chỉ ra các vướng mắc về mặt quy định của pháp

luật, từ đó, đề xuất, kiến nghị một số giải pháp nhằm hoàn thiện các quy định này, góp phần nâng cao hiệu quả công tác đấu tranh, phòng chống tội phạm trong giai đoạn hiện nay./.

#### **TÀI LIỆU THAM KHẢO**

1. Cơ quan An ninh điều tra – Bộ Công an, *Kỹ yếu tổng kết kinh nghiệm điều tra vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, lưu hành, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ năm 2015*.

2. Cơ quan An ninh điều tra – Bộ Công an, *Báo cáo tổng kết công tác điều tra vụ án các năm 2009 – 2019*

3. Viện Khoa học hình sự - Bộ Công an, *Tài liệu tập huấn về công tác giám định tư pháp năm 2015*.

<sup>10</sup> Cơ quan An ninh điều tra, Bộ Công an, *Kỹ yếu tổng kết kinh nghiệm điều tra vụ án chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, lưu hành, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ năm 2015*, tr 70.

## **TÌNH HÌNH XÂM HẠI TRẺ EM Ở VIỆT NAM HIỆN NAY VÀ DỰ BÁO TÌNH HÌNH XÂM HẠI TRẺ EM Ở VIỆT NAM TRONG THỜI GIAN TỚI**

*(Tiếp theo trang 65)*

**Thứ nhất**, các cấp có thẩm quyền cần tăng cường giám sát việc thực hiện Luật trẻ em và pháp luật, chính sách về bảo vệ trẻ em; chỉ đạo việc lồng ghép các mục tiêu, chỉ tiêu thực hiện quyền trẻ em, đặc biệt các quyền được bảo vệ của trẻ em, khi thẩm tra quy hoạch, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội quốc gia (đặc biệt bổ sung các chỉ tiêu liên quan đến phòng, chống bạo lực xâm hại trẻ em trong mục tiêu phát triển bền vững vào hệ thống chỉ tiêu thống kê quốc gia để theo dõi, đánh giá tình hình bảo vệ trẻ em).

**Thứ hai**, đẩy mạnh hơn nữa công tác thông tin, tuyên truyền pháp luật về bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em nhằm nâng cao nhận thức của các tầng lớp nhân dân về xâm hại tình dục trẻ em và hậu quả của nó. Cần phải có kế hoạch, chương trình cụ thể, chú trọng lồng ghép các nội dung này vào truyền thông tại cơ sở, trong sinh hoạt ngoại khóa của trường học

hay sinh hoạt chuyên đề của tổ chức đoàn thể các cấp.

**Thứ ba**, nâng cao vai trò trách nhiệm của gia đình, nhà trường, cộng đồng dân cư. Tập trung tư vấn, tham vấn đối với gia đình và cộng đồng dân cư về kỹ năng bảo vệ trẻ em khỏi bị xâm hại. Đặc biệt cha mẹ, người thân, thầy cô là những người gần gũi với trẻ càng cần trao đổi, chia sẻ, tâm sự với trẻ về những thay đổi tâm sinh lý, về tình bạn, tình yêu, về các mối quan hệ xã hội mà trẻ tham gia, không chủ quan giao phó trẻ cho người khác mà không có sự kiểm tra, theo dõi sát sao.

Trẻ em là đối tượng dễ bị tổn thương, mỗi tác động tiêu cực đều để lại hậu quả khôn lường. Vì vậy, bảo đảm an toàn cho trẻ mọi lúc, mọi nơi là yêu cầu tất yếu, là mục tiêu cũng là nhiệm vụ của các cấp, ngành cũng như mỗi cá nhân, nhà trường, gia đình và toàn xã hội./.



## TỘI CHO VAY LÃI NẶNG TRONG GIAO DỊCH DÂN SỰ CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 (SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017)

Hoàng Minh Đức<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự được quy định tại Điều 201 Bộ luật hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). So với quy định tại Điều 163 Bộ luật hình sự năm 1999 trước đây, thì Điều 201 Bộ luật hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) có những thay đổi về tên gọi của điều luật, các quy định về dấu hiệu định tội, dấu hiệu định khung, hình phạt. Sự thay đổi này cơ bản đã đáp ứng được yêu cầu đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm trong tình hình mới. Thực tiễn áp dụng quy định của pháp luật về tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự đã bộc lộ những khó khăn, vướng mắc nhất định cần phải nghiên cứu khắc phục. Trong bài viết này chúng tôi tập trung phân tích tình hình tội phạm liên quan đến cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự, thực tiễn công tác điều tra, xử lý, trên cơ sở đó đề xuất, kiến nghị giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự.

**Từ khóa:** Tín dụng đen, tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự, lãi suất cho vay.

**Nhận bài:** 10/03/2020; **Hoàn thành biên tập:** 20/03/2020; **Duyệt đăng:** ...

**Abstract:** Crime of usury in civil transactions is prescribed in Article 201 of the Penal Code 2015 (amended and supplemented in 2017). With basic changes in names, signs of identification, framing, and figures penalty compared to Article 163 of the 1999 Penal Code, which meets the requirements of the struggle, prevention and fight against crime in the new situation. The practice of applying the provisions of the law on lending of heavy interest in civil transactions reveals certain difficulties and obstacles that need to be overcome. The paper focuses on analyzing the situation of crimes related to lending with heavy interest in civil transactions, the practice of investigation and handling. Basing on that, the author proposes solutions to improve the application efficiency of the law on lending of heavy interest in civil transactions.

**Keywords:** Black credit; Crime of usury in civil transactions; Lending Interest rates.

**Date of receipt:** 10/03/2020; **Date of revision:** 20/03/2020; **Date of Approval:** ...

Thời gian qua, hoạt động cho vay lãi nặng, tín dụng đen diễn biến hết sức phức tạp, không còn là những giao dịch dân sự vay mượn thông thường, nó đã phát triển thành loại tội phạm nguy hiểm. Với lãi suất cắt cổ, gấp nhiều lần quy định của pháp luật khiến người vay không có khả năng trả nợ, buộc phải né tránh, trốn nợ...việc này dẫn đến hàng loạt các hành vi phạm tội tiếp theo như: Bắt cóc; bắt, giữ hoặc giam người trái pháp luật; cưỡng đoạt tài sản; cướp tài sản; cố ý gây thương tích; đe dọa giết người...nhằm bắt người vay phải trả nợ. Theo số liệu thống kê chưa đầy đủ của Bộ Công an cho thấy từ năm 2015 đến năm 2018, toàn quốc

đã xảy ra 7.625 vụ phạm tội liên quan đến tín dụng đen, bao gồm 56 vụ giết người, 389 vụ cố ý gây thương tích, 629 vụ cướp tài sản, 836 vụ cưỡng đoạt tài sản, 1.809 vụ lừa đảo chiếm đoạt tài sản, 3.581 vụ lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản với thủ đoạn huy động vốn lãi suất cao, chiếm đoạt hàng nghìn tỷ đồng<sup>2</sup>. Nguyên nhân của tình trạng trên xuất phát từ nhu cầu vay vốn của người dân ngày càng tăng nhưng việc tiếp cận với các hình thức tín dụng chính thống vẫn còn khó khăn. Theo thống kê của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, khoảng 70% dân số Việt Nam chưa tiếp cận với nguồn vốn của các tổ chức tín dụng, ngân hàng. Số

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Trường Đại học Cảnh sát nhân dân.

<sup>2</sup> Bộ Công an (2019), *Thực trạng hoạt động “tín dụng đen” và những vấn đề đặt ra đối với công tác quản lý, đấu tranh phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật liên quan đến “tín dụng đen” của lực lượng Cảnh sát nhân dân*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học, Hà Nội, Tr.23-24.

doanh nghiệp có khả năng tiếp cận nguồn vốn tín dụng chính thức cũng chỉ mới chỉ chiếm 1/3 tổng số doanh nghiệp. Hệ thống ngân hàng hiện nay mặc dù đã đa dạng hóa các loại hình tổ chức tín dụng để đáp ứng nhu cầu vay vốn của tổ chức, cá nhân, mỗi loại hình có một lĩnh vực riêng, có phạm vi hoạt động, địa bàn hoạt động khác nhau để đáp ứng nhu cầu của người vay vốn. Tuy nhiên, các tổ chức tín dụng chưa có hệ thống mạng lưới cấp cơ sở đủ mạnh để có thể đáp ứng kịp thời nhu cầu vay vốn của người dân trong đời sống. Đối tượng vay lãi nặng thường là những người có công việc và thu nhập không ổn định, những người này vay lãi nặng khi phát sinh nhu cầu cần tiền để có thể giải quyết việc riêng, thậm chí liên quan đến hành vi không lành mạnh với xã hội, đồng thời, do thiếu hiểu biết pháp luật nên những người cần vay tiền thường bị các đối tượng cho vay lãi nặng lợi dụng hoàn cảnh cấp bách, túng thiếu, chúng lôi kéo cho họ vay vốn với lãi suất rất cao. Như vậy, trong khi người dân, doanh nghiệp khó tiếp cận nguồn vốn của các tổ chức tín dụng, ngân hàng thì nguồn tín dụng phi chính thức lại luôn “rộng cửa” với thủ tục vay rất đơn giản, linh hoạt, không cần tài sản thế chấp, nguồn vốn dồi dào. Điều này dẫn đến hoạt động cho vay lãi nặng, tín dụng đen ngày càng bùng phát mặc dù các cơ quan chức năng đã đẩy mạnh điều tra, truy tố, xét xử tội phạm loại này.

Thực tiễn công tác đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự cho thấy, hoạt động thu thập, đánh giá, sử dụng chứng cứ chứng minh tội phạm và người phạm tội gặp nhiều khó khăn xuất phát từ các lý do sau đây:

*Một là*, các đối tượng cho vay gồm cá nhân, nhóm đối tượng hoạt động không phép hoặc núp bóng dưới danh nghĩa các công ty cầm đồ, kinh doanh tài chính, cho thuê tài sản được cấp phép, thuê mướn số đối tượng hình sự, lưu manh và tự đặt ra các nội quy, quy chế chặt chẽ trong công ty để ràng buộc các nhân viên khi thực hiện nhiệm vụ được phân công, đồng thời, mời các cán bộ từng làm việc trong các cơ quan bảo vệ pháp luật (Công an, Viện kiểm sát, Tòa án...)

thoái hóa, biến chất tham gia tư vấn hoạt động cho vay và đòi nợ của chúng, thậm chí còn cho các đối tượng ăn mặc lịch sự mang giấy giới thiệu đến công an cấp cơ sở đề nghị phối hợp thực hiện hành vi đòi nợ, khi thực hiện hành vi đòi nợ thì sử dụng đối tượng lưu manh, xâm trở... để khủng bố tinh thần, gây áp lực. Ví dụ: Năm 2017, Trần Đình Cương sinh năm 1960, hộ khẩu thường trú tại Thôn Thọ Khê, Đông Thọ, Yên Phong, Bắc Ninh; chỗ ở: Phòng B0626 chung cư Khang Gia, phường 14, quận Gò Vấp. Đối tượng Trần Đình Cương từ Bắc Ninh vào thành phố Hồ Chí Minh hình thành băng nhóm cho vay lãi nặng. Cương lôi kéo các đối tượng từ các tỉnh thành phía Bắc vào băng nhóm của mình để xây dựng Website ([www.vaytienngsaigon.com](http://www.vaytienngsaigon.com), [www.vaytragop24h.com](http://www.vaytragop24h.com); [www.alovay.com](http://www.alovay.com)), dán quảng cáo trên cột điện, phát tờ rơi quảng cáo việc cho vay. Cương chuyên tiền cho đàn em hoạt động cho vay lãi suất từ 15%-84%/tháng (cụ thể như: Vay số tiền 10.000.000 đồng thì sẽ yêu cầu người vay tiền trả 10% phí làm hồ sơ là 1.000.000 đồng và đóng tiền lãi cộng với gốc 05 ngày đầu là 1.400.000 đồng (mỗi ngày đóng 280.000 đồng), do đó người vay chỉ nhận được số tiền là 7.600.000 đồng. Sau đó, người vay tiền phải đóng lãi cộng gốc là 280.000 đồng/ngày trong vòng 45 ngày còn lại (đã đóng gốc cộng lãi 05 ngày đầu). Như vậy, tiền lãi có được sau khi người vay trả tiền hết 50 ngày là 4.000.000 đồng, tương đương 24%). Ngày 29/3/2018, Công an quận Tân Phú tiến hành kiểm tra hành chính Lê Văn Tư, Trần Đình Cương, qua làm việc, đấu tranh các đối tượng thừa nhận cho vay lãi nặng cùng với Nguyễn Xuân Trường, Nguyễn Đình Nam, Nguyễn Văn Khanh, Nguyễn Văn Cửu. Cơ quan Cảnh sát điều tra Công an quận Tân Phú đã ra quyết định khởi tố vụ án, khởi tố bị can, lệnh tạm giam đối với các đối tượng có liên quan.

*Hai là*, thủ đoạn của các đối tượng là phát, dán tờ rơi, lập các website, sử dụng mạng xã hội (zalo, viber, whatsapp...), sử dụng số thuê bao không đăng ký chính chủ... đăng tin, gửi tin nhắn quảng cáo vay tiền không cần gặp mặt, không cần thế chấp, thủ tục đơn giản, cấp



tiền ngay, với số tiền vay từ 01 triệu đến vài chục triệu đồng. Các đối tượng còn sử dụng công nghệ cao tổ chức hoạt động tín dụng đen qua mạng Internet dưới dạng cho vay trực tuyến với lãi suất rất cao. Các đối tượng lập các Website (olava.vn, doctordong.vn, away.vn...) quảng cáo về hoạt động tín dụng đen, hướng dẫn trình tự, thủ tục vay nợ, cụ thể: Người có nhu cầu vay tiền sẽ tải các phần mềm ứng dụng về điện thoại di động (Evay, SHA, doctor Đồng, VĐồng, iĐồng, olava...), điền một số thông tin của bản thân, chụp hình chứng minh nhân dân và quay 01 đoạn video để các đối tượng xác minh, nếu được duyệt cho vay 02 bên sẽ trao đổi số tài khoản, thống nhất thời gian và phương thức chuyển tiền.

*Ba là*, các đối tượng thường ngụy trang hành vi cho vay lãi nặng bằng các hợp đồng biến tướng để lách luật và trốn tránh việc điều tra, thu thập chứng cứ của cơ quan công an như: Cộng dồn lãi và ghi luôn tổng số tiền vay đồng thời ghi rõ ngày trả đến ngày đó không trả được thì cộng dồn tiếp và hẹn ngày trả tiếp theo đồng thời nội dung viết như vay mới không liên quan đến món vay cũ; ghi lãi suất thấp hơn rất nhiều so với thực tế trong hợp đồng hoặc ghi lãi suất theo thỏa thuận trong một loại giấy tờ khác (như giấy vay tiền, giấy viết tay để có thể tiêu hủy, thay đổi dễ dàng), yêu cầu nạn nhân viết giấy bán tài sản sau đó thuê lại chính tài sản mình đã bán để sử dụng làm bằng chứng tố cáo với cơ quan công an về việc con nợ chiếm đoạt tài sản nếu không trả nợ đúng hẹn...

*Bốn là*, để đối phó với cơ quan chức năng, các đối tượng thường tụ tập, cư trú một nơi nhưng tổ chức hoạt động ở những địa phương khác, sau khi thực hiện hành vi cho vay, các giấy tờ, hợp đồng này được cất giấu ở một địa điểm khác thường là những khu nhà chung cư có bảo vệ, sử dụng thẻ từ, camera theo dõi để tránh sự theo dõi, tiếp cận, kiểm tra của lực lượng công an, định kỳ các đối tượng rà soát các giấy tờ, hợp đồng đã trả nợ xong sau đó tiêu hủy, phi tang nhằm tránh bị cơ quan công an phát hiện, thu giữ. Khi trả, nhận tiền được thông qua hình thức gặp mặt trực tiếp hoặc

chuyên qua tài khoản ngân hàng.

*Năm là*, nếu các con nợ không trả nợ đúng hạn, các đối tượng cho vay thường sử dụng nhân viên hoặc thuê các đối tượng hình sự tổ chức các hình thức đòi nợ như đe dọa, khủng bố tinh thần, ném chất bẩn, sử dụng sim rác để đe dọa, hủy hoại tài sản, cố ý gây thương tích, làm nhục người khác, gây rối tại nơi ở, nơi kinh doanh của con nợ... tuy chưa đến mức xử lý hình sự song lại gây sự sợ hãi hoặc gây hoang mang, thiệt hại kinh tế, mất uy tín cho nạn nhân và gia đình nạn nhân, gây bức xúc cho quần chúng nhân dân xung quanh. Nhiều nạn nhân bị các đối tượng không chế, đe dọa không dám tố cáo, hợp tác, cung cấp tài liệu với cơ quan công an. Đặc biệt, bọn chúng cấu kết, hợp tác với công ty đòi nợ thuê để ngụy trang, hợp thức hóa hành vi đòi nợ trái pháp luật đối với những khoản tiền vay lớn có hợp đồng nhưng thật chất là các băng nhóm tội phạm núp bóng để hoạt động. Nạn nhân trong các vụ việc cho vay lãi nặng khi tiếp xúc, làm việc với cơ quan công an thường tỏ rõ thái độ lo ngại, sợ phiền hà vì cho rằng số tiền ít có thể tự trả hoặc sợ các đối tượng cho vay lãi nặng không chế, đe dọa, trả thù. Chính vì thế, các nạn nhân thường né tránh khai báo với cơ quan công an, đặc biệt, với những người đã vay và tất toán xong các khoản vay với đối tượng thì không muốn khai báo việc vay tiền vì sợ hệ lụy xấu có thể xảy ra đối với bản thân và gia đình, từ đó gây ra nhiều khó khăn đối với công tác thu thập chứng cứ, tài liệu xử lý các đối tượng cho vay.

*Sáu là*, mặc dù Bộ luật hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã có sự thay đổi về tên gọi cũng như các quy định về cấu thành tội phạm, tuy nhiên quy định của pháp luật hiện hành vẫn còn nhiều bất cập, chưa đủ nghiêm, đủ mạnh để xử lý, ngăn chặn và giải quyết các vấn đề liên quan phát sinh từ cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự. Điều 201 Bộ luật hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) quy định về tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự, theo đó “*Người nào trong giao dịch dân sự mà cho vay với lãi suất gấp 05 lần trở lên của mức lãi suất cao nhất quy*

định trong Bộ luật dân sự, thu lợi bất chính từ 30.000.000 đồng đến dưới 100.000.000 đồng hoặc đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi này hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm”<sup>3</sup>, thì phải chịu trách nhiệm hình sự trong những trường hợp mà Bộ luật hình sự quy định. Tại Khoản 2 quy định chế tài xử lý là phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm. Thiết nghĩ đây là mức chế tài khá nhẹ, không mang tính răn đe cao chính vì thế các đối tượng có thái độ coi thường pháp luật, tội phạm cho vay lãi không còn mang tính nhỏ lẻ, cá nhân hoặc một nhóm đối tượng riêng rẽ, chúng đã liên kết với nhau mở rộng phạm vi hoạt động phạm tội cho vay lãi nặng, tén dụng đen. Về dấu hiệu định tội “thu lợi bất chính” được quy định tại Điều 201 Bộ luật hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), hiện nay còn có nhiều quan điểm và ý kiến trái chiều, trong khi đó chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể về vấn đề này dẫn đến rất khó xử lý trên thực tiễn. Thiết nghĩ cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn thống nhất, nhằm đáp ứng yêu cầu thực tiễn trong đấu tranh phòng, chống loại tội phạm này. Mặt khác, các cơ quan tiến hành tố tụng còn nhiều quan điểm chưa thống nhất về việc phân định khi nào hành vi cho vay lãi chỉ là giao dịch dân sự, khi nào hành vi đó phải bị xử lý, cũng như cách xác định tiền thu lợi bất chính như thế nào cho chính xác... theo đó, nhiều vụ việc xảy ra mất nhiều thời gian điều tra xác minh, thời hạn bị kéo dài, song quan điểm giữa các cơ quan không thống nhất nên không thể khởi tố vụ án hình sự hoặc không xử lý được đối tượng.

Điều 11 Nghị định 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy, chữa cháy; phòng, chống bạo lực gia đình không quy định xử phạt đối với hành vi cho vay không thể chấp mà chỉ xử phạt hành vi cho vay tiền có cầm cố tài sản. Như vậy, quy định của pháp luật về chế tài đối với hoạt động

cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự chưa được chặt chẽ, còn nhiều kẽ hở cần hoàn thiện. Bởi lẽ, trong trường hợp người cho vay với lãi suất gấp 05 lần trở lên so với mức lãi suất cao nhất quy định trong Bộ luật dân sự, nhưng thu lợi bất chính chưa đến 30.000.000 đồng, thì phải có điều kiện “đã bị xử phạt vi phạm hành chính” về hành vi cho vay lãi nặng trong giao dịch, do chưa có văn bản pháp luật hướng dẫn “xử phạt vi phạm hành chính về hành vi này”, theo đó chưa thể áp dụng quy định này, đây là một vướng mắc của quy định pháp luật gây khó khăn trong công tác đấu tranh phòng ngừa, chống tội phạm cho vay lãi.

Theo quy định tại Điều 468 Bộ luật dân sự năm 2015: “... Lãi suất vay do các bên thỏa thuận. Trường hợp các bên có thỏa thuận về lãi suất thì lãi suất theo thỏa thuận không được vượt quá 20%/năm của khoản tiền vay, trừ trường hợp luật khác có liên quan quy định khác...”<sup>4</sup>. Tuy nhiên, trường hợp nào áp dụng theo lãi suất 20%, trường hợp nào áp dụng theo “pháp luật khác có liên quan quy định khác” hiện nay chưa có hướng dẫn cụ thể là áp dụng đối với trường hợp vay nào, ngành luật nào, lãi suất xác định cụ thể bao nhiêu, đối tượng nào được vay... Trường hợp bên cho vay liên tục nhập các khoản tiền lãi chuyển thành tiền nợ gốc và yêu cầu bên nợ phải trả cả tiền lãi trên toàn bộ số dư nợ đó thì xác định chính xác khoản tiền lãi thu được và lãi suất cho vay như thế nào vẫn chưa có hướng dẫn.

Thời gian qua, một số doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ đòi nợ thuê có nhiều vi phạm về an ninh trật tự như: Sử dụng nhân viên không đủ điều kiện, tiêu chuẩn; hoạt động không đúng địa chỉ, không đúng nội dung ghi trong giấy chứng nhận kinh doanh; hoạt động kinh doanh không có giấy chứng nhận đủ điều kiện về an ninh trật tự; còn tồn tại những sai phạm liên quan đến an ninh trật tự như đòi nợ bằng hình thức khủng bố tinh thần, cấu kết với băng nhóm tội phạm bắt giữ người trái pháp luật. Tuy nhiên, trách nhiệm của ngành công an

<sup>3</sup> Điều 201 BLHS năm 2015.

<sup>4</sup> Điều 468 Bộ luật dân sự năm 2015.



chưa được quy định cụ thể, rõ ràng trong việc cấp phép hoạt động, quản lý và nêu những cơ sở này có vi phạm nhưng chưa đến mức phải xử lý hình sự thì lực lượng công an không có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kinh doanh dịch vụ đòi nợ<sup>5</sup>.

Xuất phát từ một số phương thức, thủ đoạn của tội phạm cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự như thỏa thuận ngầm, cho vay tín chấp, không có tài sản cầm cố; tiền lãi suất cao nên nhiều người có tâm lý háms lợi đã cho vay với số tiền lớn. Lợi dụng sơ hở của pháp luật, chuyển hóa việc vay nợ bằng phương thức mua bán, thế chấp tài sản có giá trị với giá trị thấp có công chứng hoặc buộc nạn nhân phải làm thủ tục bán cho đối tượng nhằm hợp pháp hóa việc cho vay, sau đó, sẽ cho nạn nhân thuê lại trong thời gian ngắn nhằm thuận lợi cho việc chiếm đoạt nếu người nợ không còn khả năng thanh toán. Do vậy, xét về bản chất của phương thức, thủ đoạn này đó là phạm tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự, để có đủ căn cứ chứng minh tội phạm này là rất phức tạp. Thực tiễn đấu tranh với loại tội phạm cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự, cơ quan điều tra chỉ sử dụng những tài liệu, chứng cứ như: Giấy tờ mua bán, chuyển hóa tài sản đã công chứng, giấy tờ cho thuê tài sản, lời khai của người vay lãi nặng, cá biệt có trường hợp người vay lãi nặng mượn tài sản cung cấp được băng ghi âm, hình ảnh thể hiện quá trình chuyển hóa tài sản đó. Tuy nhiên, quá trình chuyển hóa tài liệu này thành chứng cứ gặp nhiều khó khăn, đặc biệt là việc chứng minh đối với những đối tượng am hiểu pháp luật hoặc có sự tư vấn về pháp luật, hoạt động phạm tội có tính chất chuyên nghiệp.

Với những phân tích nêu trên, dự báo tình hình tội phạm và vi phạm pháp luật liên quan đến hoạt động cho vay lãi nặng, tín dụng đen sẽ còn diễn biến phức tạp. Vì vậy, thời gian tới cần tập trung thực hiện một số giải pháp cụ thể sau đây:

**Thứ nhất**, quán triệt và thực hiện nghiêm túc, hiệu quả các yêu cầu, chỉ thị của Thủ

tướng Chính phủ nêu trong Chỉ thị số 12/CT-TTg về tăng cường phòng ngừa, đấu tranh với tội phạm và vi phạm pháp luật liên quan đến hoạt động tín dụng đen, trong đó, nhiệm vụ quan trọng và xuyên suốt là tiếp tục tổ chức thực hiện tốt Kết luận số 05-KL/TW ngày 15/7/2016 của Ban Bí thư về tiếp tục đẩy mạnh thực hiện Chỉ thị số 48-CT/TW của Bộ Chính trị (Khóa X) về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phòng, chống tội phạm trong tình hình mới; Kết luận số 44-KL/TW ngày 22/01/2019 của Ban Bí thư về tiếp tục đẩy mạnh thực hiện Chỉ thị số 09-CT/TW ngày 01/12/2012 của Ban Bí thư (Khóa XI) về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với phong trào toàn dân bảo vệ an ninh Tổ quốc trong tình hình mới; Chỉ thị số 28/CT-TTg ngày 30/6/2017 của Thủ tướng Chính phủ về tăng cường bảo đảm an ninh trật tự trong tình hình mới, phát huy sức mạnh tổng hợp của cả hệ thống chính trị và toàn dân tham gia đấu tranh phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật liên quan đến tín dụng đen, cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự, bảo vệ quyền, lợi ích và tài sản của người dân trong các hoạt động tín dụng, vay mượn chính đáng, hợp pháp.

**Thứ hai**, kiến nghị Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành Nghị quyết để tháo gỡ khó khăn, vướng mắc trong điều tra, xử lý các hành vi phạm tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự như: hướng dẫn về cách tính lãi suất, cơ quan có thẩm quyền xác định lãi suất, cách xác định tiền thu lợi bất chính. Đồng thời, nghiên cứu tăng nặng hình phạt đối với tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự khi sửa đổi Bộ luật hình sự năm 2015.

Kiến nghị cơ quan có thẩm quyền sửa đổi, bổ sung Nghị định 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy, chữa cháy; phòng, chống bạo lực gia đình để xử lý các hành vi cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự bảo đảm phù hợp thực tiễn... (Xem tiếp trang 90)

<sup>5</sup> Nghị định số 104/2007/NĐ-CP ngày 14 tháng 6 năm 2007 của Chính phủ về kinh doanh dịch vụ đòi nợ.

## BÌNH LUẬN ÁN LỆ VỀ NGUYÊN TẮC BẢO HỘ ĐẦU TƯ CHỐNG LẠI VIỆC TỪ CHỐI CÔNG LÝ (Phần 1)

Nguyễn Thị Nhung<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** *Mondev kiện Hoa Kỳ (Mondev v. Hoa Kỳ) và Loewen kiện Hoa Kỳ (Loewen v. Hoa Kỳ) là hai vụ việc khá điển hình cho loại tranh chấp đã được xem xét bởi Tòa án trong nước nhưng vẫn tiếp tục được kiện ra trọng tài đầu tư quốc tế theo các hiệp định bảo hộ đầu tư giữa các quốc gia. Trong thời kỳ đầu những năm 2000, hai vụ việc đã thu hút rất nhiều bình luận, trong đó có vấn đề xác lập các tiêu chuẩn của bảo hộ đầu tư liên quan đến chống lại việc bị từ chối tiếp cận công lý của nhà đầu tư tại nước tiếp nhận đầu tư. Lập luận của các Bên và phán quyết của hội đồng trọng tài bước đầu xây dựng các tiêu chí xem xét tranh chấp liên quan đến từ chối tiếp cận công lý. Hai vụ việc vẫn còn được viện dẫn nhiều trong các vụ việc gần đây nhất.*

*Bài viết này phân tích phương pháp tiếp cận mà Hội đồng Trọng tài (HĐTT) sử dụng để trả lời câu hỏi hóc búa về mối quan hệ giữa HĐTT đầu tư và Tòa án trong nước trong tiêu chuẩn được bảo đảm tiếp cận công lý của nhà đầu tư theo các cam kết trong hiệp định đầu tư quốc tế. Các phán quyết cho thấy việc Tòa án của một quốc gia đã phán quyết về một biện pháp hành chính không thể ngăn cản HĐTT đầu tư quốc tế xem xét liệu biện pháp đó có vi phạm hiệp định đầu tư hay xem xét lại một vi phạm hiệp định đã tồn tại trước đó. Đây là một trong những lĩnh vực đã cho thấy sự bối rối đáng kể trong cách tiếp cận của HĐTT quốc tế. Việc nghiên cứu hai phán quyết này giúp cung cấp cơ sở để tiếp tục theo dõi các bước phát triển của nguyên tắc bảo hộ đầu tư rất đặc thù này, góp phần hình thành các tiêu chuẩn xem xét cho các nhà đàm phán, các trọng tài, luật sư hoạt động trong lĩnh vực đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp liên quan đến từ chối tiếp cận công lý.*

**Từ khóa:** *Hiệp định đầu tư quốc tế, trọng tài đầu tư quốc tế, tòa án trong nước, Mondev v Hoa Kỳ, Loewen v Hoa Kỳ, tranh chấp đầu tư quốc tế, từ chối công lý.*

*Nhận bài: 27/03/2020; Hoàn thành biên tập: 06/04/2020; Duyệt đăng:*

**Abstract:** *Mondev v United States of America and Lowewen v. United States of America are two well-known cases in the field of international investment arbitration when these cases had been already ruled by domestic courts but later were brought to international tribunals under the international investment agreements (“IIAs”). In early 2000, the two cases received a number of views and comments including discussions on investment standards to protect foreign investor’s against the denial of justice. Parties’ arguments and tribunal’s rulings have made significant contribution to the establishment of the investment standard in dealing with denial of justice claims. These awards have been citations of a number of recent cases.*

*This case commentary analyses tribunals’ approaches in the two cases. It tries to answer a hard question on relationship between international investment tribunals and domestic courts in dealing with denial of justice claim under the IIAs. These awards reveal a fact that resolved cases by domestic courts on an administrative action could later be challenged before international tribunal under the IIAs. This particular area again shows confusion in various approaches of different international tribunals.*

*Therefore, research on these cases provides some basic points for further research on denial of justice claim and its development. It aims at contributing to a better understanding of this type of claim, and to support not only international investment negotiators, arbitrators, but also lawyers, practitioners who are dealing with denial of justice claims.*

**Key words:** *International investment agreements, international investment tribunal, domestic court, Mondev v. United States of America and Lowewen v. United States of America, international investment disputes, denial of justice.*

*Date of receipt: 27/03/2020; Date of revision: 03/04/2020; Date of Approval:*

<sup>1</sup> Thạc sỹ, Chuyên viên chính Vụ Pháp luật quốc tế, Bộ Tư pháp.



### 1. Vụ Mondev kiện Hoa Kỳ (tên đầy đủ: **Mondev International, Ltd. v. United States of America, viết tắt: Mondev v Hoa Kỳ**)

Vụ tranh chấp *Mondev v Hoa Kỳ* (vụ số ARB(AF)/99/2), phát sinh từ tranh chấp về hợp đồng phát triển bất động sản thương mại giữa thành phố Boston (thành phố), Cơ quan phát triển Boston (BRA) và Hiệp hội Place Place (LPA)- một liên doanh trách nhiệm hữu hạn thành lập tại Massachusetts thuộc sở hữu của Mondev International Ltd., một công ty được thành lập theo luật pháp của Canada (Mondev hoặc Nguyên đơn).

Năm 1992, LPA đã đệ đơn kiện thành phố và BRA lên Tòa án tối cao Massachusetts. Trải qua các cấp xét xử khác nhau, LPA thua kiện<sup>2</sup>. Mondev (cổ đông của LPA) sau đó đã kiện Hoa Kỳ theo Điều 1116 của Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA) sử dụng Quy tắc tố tụng phụ trợ của Trung tâm quốc tế về giải quyết tranh chấp đầu tư ICSID<sup>3</sup>. Ngày 11/10/2002, HĐTT vụ việc theo quy tắc tố tụng phụ trợ của ICSID đã đưa ra phán quyết bác bỏ các cáo buộc của Nguyên đơn với một trong những lý do rằng HĐTT quốc tế không phải là cơ quan xem xét lại nội dung các phán quyết của tòa án quốc gia.

#### 1.1. Cơ sở thực tiễn phát sinh tranh chấp

Tranh chấp nảy sinh từ những nỗ lực vào cuối những năm 1970 của thành phố Boston nhằm cải tạo một khu vực đổ nát ở trung tâm thành phố Boston, được biết đến với tên gọi “Khu vực chiến đấu” thành một khu vực mua sắm. BRA là cơ quan lập kế hoạch và phát triển kinh tế của thành phố, đã chọn Mondev và đối tác liên doanh sau đó của họ, Sefrius Corporation, để thực hiện dự án bao gồm xây dựng một cửa hàng bách hóa, trung tâm bán lẻ và một khách sạn trong khu vực được chỉ định. Năm 1978, Mondev và Sefrius thành lập LPA, qua đó họ sẽ phát triển, xây dựng, sở hữu và quản lý dự án. Vào ngày 22/12/1978 LPA, BRA và thành phố đã ký “Thỏa thuận ba bên”, được điều chỉnh bởi luật pháp của Khối

thịnh vượng chung Massachusetts, quy định việc phát triển khu vực này theo hai giai đoạn. Giai đoạn I liên quan đến việc xây dựng một trung tâm mua sắm, nhà để xe và khách sạn. Theo Thỏa thuận, LPA có được vào tháng 9/1979 quyền phát triển một số bất động sản nhất định cần thiết cho giai đoạn I. Cụ thể, LPA đã mua quyền sử dụng không gian đối với giai đoạn I. Xây dựng giai đoạn đó đã được hoàn thành tháng 11/1985. Giai đoạn II dự tính xây dựng thêm các không gian bán lẻ, một tòa nhà văn phòng và một cửa hàng bách hóa trên bốn lô đất thuộc sở hữu của thành phố liền kề với những khu đất được sử dụng trong giai đoạn I. Bốn lô đất này sẽ được lắp ráp thành một lô, được gọi là Parcels Hayward. Vào thời điểm thỏa thuận, các lô (Parcels) đã bị chiếm giữ một phần bởi một bãi đậu xe của thành phố, được gọi là nhà để xe Hayward Place<sup>4</sup>.

Trong Thỏa thuận ba bên, việc xây dựng giai đoạn II của dự án sẽ được đưa ra tùy thuộc vào quyết định của thành phố về việc loại bỏ nhà để xe Hayward Place. Nếu được, thành phố có thể xây dựng một nhà để xe dưới lòng đất trong khu vực và LPA sẽ được cấp quyền trên không để xây dựng. Thỏa thuận về việc phát triển Hayward Parcel chủ yếu được quy định trong mục 6.02 của Thỏa thuận ba bên (đã được sửa đổi). Mục 6.02 có một tùy chọn cho LPA mua Hayward Parcel với điều kiện là theo thông báo của thành phố về quyết định ngừng nhà để xe Hayward Place và xây dựng một bãi đậu xe ngầm. Trong vòng ba năm, LPA có thể thông báo cho thành phố về ý định mua Hayward với giá được tính theo công thức được mô tả trong phần 6.02 của Thỏa thuận ba bên. Thỏa thuận ba bên và các bản đồ đi kèm đã xác định ranh giới của Hayward, nhưng chỉ ra một số lựa chọn thay thế liên quan đến các quyền được chuyển đổi. Thành phố được quyền có trong tay các thẩm định về giá trị thị trường hợp lý của hai trong số bốn lô thành phần của Hayward Parcel, và đã đồng ý đưa ra các đánh

<sup>2</sup> Phán quyết vụ MONDEV INTERNATIONAL LTD v UNITED STATES OF AMERICA, số ARB(AF)/99/2 ; đoạn 1, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>

<sup>3</sup> Phán quyết vụ MONDEV INTERNATIONAL LTD v UNITED STATES OF AMERICA, số ARB(AF)/99/2 ; đoạn 2, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>

<sup>4</sup> Phán quyết vụ MONDEV INTERNATIONAL LTD v UNITED STATES OF AMERICA, số ARB(AF)/99/2 ; đoạn 37, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>

giá của hai lô còn lại<sup>5</sup>.

Thành phố đã quyết định phá hủy nhà để xe Hayward Place và LPA đã thông báo ý định mua Hayward Parcel vào năm 1986 nhưng có nhiều sự chậm trễ và khó khăn trong việc hiện thực hóa giai đoạn II. Bằng một sửa đổi thêm cho Thỏa thuận ba bên được thực hiện vào năm 1987, ngày cuối cùng để đóng cửa bãi đậu xe Hayward Place theo lựa chọn của LPA là ngày 01/01/1989 trừ khi có thỏa thuận khác. Tuy nhiên, điều này tùy thuộc vào điều kiện không hết hạn “nếu thành phố và/hoặc cơ quan không thể làm việc bằng thiện chí với nhà phát triển dự án khi thông qua quy trình xem xét thiết kế để hoàn tất việc đóng cửa”. Nhưng sự thay đổi này trong Thỏa thuận ba bên không thúc đẩy tiến độ. Theo mô tả bởi SJC (Tòa án tối cao Massachusetts): “LPA không bao giờ yêu cầu và thành phố không bao giờ đấu thầu trong khoảng thời gian cần thiết hoặc bất cứ lúc nào. Cơ sở để LPA của khiếu kiện theo hợp đồng đối với thành phố là thành phố không có thiện chí thực hiện các nghĩa vụ của mình theo Thỏa thuận ba bên cần thiết để cho phép LPA tiến hành yêu cầu đóng cửa, và thực sự rằng thành phố tham gia vào các hành động không thiện chí với mục đích để cản trở LPA có thể đóng cửa Hayward Place kịp thời. Lý do cho các chiến thuật cản trở này của thành phố, được LPA chỉ ra đó là vì chính quyền mới của Thị trưởng Raymond Flynn tin rằng giá được thiết lập theo công thức của mục 6.02, dựa trên các giá trị năm 1978, là không công bằng đối với thành phố trong bối cảnh tăng vọt mạnh mẽ của giá bất động sản trong những năm qua. LPA đưa ra bằng chứng về một số trường hợp mà họ cho là chiến thuật cản

trở của thành phố, gồm việc không hoàn thành các đánh giá cần thiết để thiết lập giá cho Hayward Parcel, khởi xướng thay đổi quy hoạch sẽ làm giảm đáng kể chiều cao cho phép của các tòa tháp văn phòng được quy hoạch cho khu vực, thiếu hợp tác về việc xác định (đóng cửa đường nhất định) và đe dọa để đặt một con đường mới qua giữa khu đất, điều này làm cho sự phát triển của dự án không thể thực hiện được về mặt kinh tế. Tháng 3/1988, LPA cho thuê quyền của mình trong dự án cho một nhà phát triển lớn hơn khác của Canada, Campeau, đã tiến hành thiết kế lại dự án. Campeau đóng vai trò là bên thuê tìm cách gia hạn nhưng vô ích thời hạn đóng cửa bãi đậu xe ngày 01/01/1989. Khi điều này bị từ chối, trong tháng 12/1988 Campeau thông báo cho thành phố rằng họ muốn hoàn thành hợp đồng ngay nhưng không có đấu thầu thanh toán tại thời điểm đó, cũng không có bước chính thức nào khác. Sau ngày 01/01/1989, Campeau đã xin phép thiết kế lại dự án nhưng sau đó đã từ bỏ nghĩa vụ của mình đối với LPA theo hợp đồng cho thuê, và LPA chấm dứt hợp đồng thuê. Vào tháng 02/1991, người thế chấp, nhà sản xuất Hanover - Công ty Trust của LPA bị tịch thu. Tháng 3/1992, LPA đã khởi động vụ kiện chống lại thành phố<sup>6</sup>.

### **1.2. Tranh chấp tại Tòa án của Hoa Kỳ**

Vào 03/1992, LPA đã đệ đơn kiện thành phố và BRA lên tòa án bang Massachusetts với hai căn cứ chính cho vụ kiện<sup>7</sup> là: thành phố và BRA đã vi phạm các nghĩa vụ hợp đồng của họ theo Thỏa thuận ba bên<sup>8</sup> và LPA tuyên bố rằng BRA đã can thiệp mạnh mẽ vào hợp đồng của LPA để bán quyền của mình trong dự án cho Campeau<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Phán quyết vụ MONDEV INTERNATIONAL LTD v UNITED STATES OF AMERICA, số ARB(AF)/99/2 ; đoạn 38, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>

<sup>6</sup> Phán quyết vụ Mondev International Ltd V United States Of America, số ARB(AF)/99/2; đoạn 39, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>

<sup>7</sup> *Lafayette Place Assoc.*, 694 N.E.2d tại 824-25.

<sup>8</sup> Như trên, dẫn lại tại vùng chiến đấu: *mondev international, ltd. v. united states* và *gách chéo chống lại chương 11 của NAFTA*, *Tap chí luật quốc tế Đại học Boston*, quyển. 21:399, tr. 405-406.

<sup>9</sup> Xem Phán quyết vụ kiện Mondev International Ltd V United States Of America, số ARB(AF)/99/2; đoạn 39 (11 tháng 10 2002), tại <http://www.naftaclaims.com>; *Lafayette Place Assoc.*, 694 N.E.2d tại 824-25. LPA cũng cho rằng thành phố và BRA vi phạm Luật chung của bang Massachusetts, chương 93A, điều khoản cấm các hành vi thiếu thiện chí trong thương mại và Điều luật quyền dân sự của bang Massachusetts, điều khoản cấm can thiệp vào các quyền dân sự. Tuy nhiên Tòa án đã bác bỏ cả hai khiếu kiện tại phán quyết tóm tắt trước phiên xét xử, sách đã dẫn tại tr. 825, bài viết *mondev international, ltd. v. united states* và *dấu gạch chéo đối với Chương 11 của Hiệp định NAFTA*, *Tap chí Luật quốc tế đại học Boston*, quyển 21:399, tr. 405-406.



LPA lập luận rằng “thành phố không có thiện chí thực hiện các nghĩa vụ của mình theo Thỏa thuận ba bên cần thiết để cho phép LPA tiến hành yêu cầu đóng cửa, và thực sự là nó có hành động thiếu thiện chí nhằm định để cản trở LPA thực hiện việc đóng cửa kịp thời”<sup>10</sup>. LPA cáo buộc rằng thành phố đã ngăn chặn việc đóng cửa thành công bằng cách không hoàn thành việc thẩm định các tài sản quan trọng, bằng cách khởi xướng thay đổi quy hoạch, và bằng cách đe dọa xây dựng một đường phố thông qua các lô đất làm cho dự án không khả thi về mặt kinh tế<sup>11</sup>. Bồi thẩm đoàn Massachusetts đã ủng hộ LPA cho cả hai khiếu kiện và yêu cầu bồi thường thiệt hại tổng cộng 16 triệu đô la 9,6 triệu đô la chống lại thành phố vì vi phạm hợp đồng và 6,4 triệu đô la chống lại BRA vì can thiệp<sup>12</sup>. Thẩm phán xét xử đã khẳng định kết luận của bồi thẩm đoàn đối với thành phố với giá 9,6 triệu đô la, nhưng đã đưa BRA ra khỏi phán quyết bất chấp ý kiến của hội thẩm<sup>13</sup>. Thẩm phán xét xử nhận thấy rằng vì BRA là một chủ nhân công theo Đạo luật về khiếu kiện gây thiệt hại của Massachusetts<sup>14</sup>, được bảo vệ khỏi các vụ khiếu kiện đòi bồi thường có chủ ý

bởi quyền miễn trừ. Mặc dù theo phán quyết Nguyên đơn được thành phố bồi thường thiệt hại 9,6 triệu đô la, BRA đã được miễn trừ mọi trách nhiệm pháp lý<sup>15</sup>. Cả LPA và thành phố đều kháng cáo quyết định<sup>16</sup>. Về xét xử phúc thẩm trực tiếp, Tòa án Tư pháp Tối cao (SJC)<sup>17</sup> khẳng định phán quyết của tòa án cấp dưới ủng hộ BRA trên cơ sở miễn trừ, nhưng đảo ngược phán quyết của tòa án cấp dưới đối với thành phố<sup>18</sup>. SJC cho rằng vì LPA không thể hiện sự sẵn sàng và khả năng thực hiện, nên thành phố không thể chịu trách nhiệm cho việc vi phạm hợp đồng<sup>19</sup>. Điều này mâu thuẫn với kết luận của bồi thẩm đoàn về việc LPA đã hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng<sup>20</sup>. LPA đã kháng cáo lên Tòa án Tối cao Hoa Kỳ nhưng đã bị từ chối<sup>21</sup>. Do đó, thành phố và BRA đã được miễn mọi trách nhiệm pháp lý và LPA đã phải chịu hết tất cả các biện pháp khắc phục trong nước<sup>22</sup>.

### 1.3. Trọng tài NAFTA

Sau khi Tòa án tối cao Hoa Kỳ bác bỏ yêu cầu của LPA đối với việc xem xét tư pháp, công ty mẹ của LPA, Mondev, Canada đã khởi xướng tố tụng trọng tài chống lại Hoa Kỳ vì vi phạm

<sup>10</sup> *Lafayette Place Assoc.*, 694 N.E.2d sách đã dẫn tr. 823-24.

<sup>11</sup> Đã dẫn tr. 824.

<sup>12</sup> Đã dẫn tr. 825.

<sup>13</sup> Như trên.

<sup>14</sup> Đạo luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng quy định trách nhiệm vi phạm cho “công chức” trong bối cảnh hẹp. “Công chức” được định nghĩa, trong những đoạn thích hợp là, “liên bang, bất kỳ quốc gia, thành phố, khu vực... và bất kỳ phòng ban hay văn phòng nào hội đồng, ủy ban, phòng, cơ quan... đang thực hiện quyền lực và kiểm soát các công chức chính phủ” MASS. GEN. LAWS ANN, chương. 258, § 1 (West 1992). Đoạn 10 (c) loại trừ trách nhiệm đối với “bất kỳ khiếu kiện nào phát sinh từ hành vi vi phạm ngoài hợp đồng cố ý, bao gồm hành hung, bắt bớ, bỏ tù sai, các hành vi truy tố, ảnh hưởng tinh thần, lạm dụng, giết, trình bày sai, thiếu sót, xâm phạm quyền riêng tư, can thiệp vào các quan hệ có lợi ích và... *quan hệ hợp đồng*” (nhấn mạnh). *Id.* § 10(c)

<sup>15</sup> Đã dẫn tr. 821-22.

<sup>16</sup> Phán quyết vụ kiện *Mondev International Ltd V United States Of America*, số ARB(AF)/99/2; đoạn 1 (11/2002), tại <http://www.naftaclaims.com>; *Lafayette Place Assoc.*, 694 N.E.2d tại 824-25.

<sup>17</sup> Tòa án tối cao tư pháp là tòa án cao nhất của Khối thịnh vượng chung Massachusetts.

<sup>18</sup> *Lafayette Place Assoc.*, 694 N.E.2d tại 822.

<sup>19</sup> *Id.* Tại 827-29.

<sup>20</sup> Vụ kiện *Mondev International Ltd V United States Of America*, số ARB(AF)/99/2 *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, Thông báo trọng tài đoạn 130 (01/09/1999), tại <http://www.naftaclaims.com> (“Sau đó bồi thẩm đoàn chỉ rõ như một vấn đề thực tế rằng LPA đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ hợp đồng trong khi thành phố thì không, SJC một tòa án phúc thẩm đã không nghe các cơ sở thực tiễn hoặc nghe nhân chứng, đảo ngược lại ý kiến của bồi thẩm đoàn bằng cách đưa ra diễn giải riêng của mình về thực tiễn vụ việc”). Đồng thời xem tại *Lafayette Place Assoc.*, 694 N.E.2d tr. 825 (“bồi thẩm đoàn cho rằng có một hợp đồng để mua Hayward Parcel, cả BRA và thành phố vi phạm hợp đồng, nhưng BRA không thực hiện như một cơ quan của thành phố trong hợp đồng”).

<sup>21</sup> *Lafayette Place Assoc. v. City of Boston, cert. denied*, 525 U.S. 1177 (1999).

<sup>22</sup> Đã dẫn.

nghĩa vụ của chương 11 Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (North America Free Trade Agreement - *NAFTA*) Mondev đòi bồi thường 50 triệu đô la, cáo buộc các hành động của thành phố, BRA, tòa án xét xử tiểu bang và Tòa án Tư pháp Tối cao Massachusetts đã cấu thành sự từ chối đối xử quốc gia, một biện pháp tương đương với việc tước đoạt và từ chối công lý<sup>23</sup>. Để một nhà nước chịu trách nhiệm về việc vi phạm nghĩa vụ hiệp định, hiệp định đó phải có hiệu lực tại thời điểm vi phạm bị cáo buộc<sup>24</sup>. Thành phố và BRA không thể chịu trách nhiệm về hành vi xảy ra trước khi NAFTA có hiệu lực vào ngày 01/01/1994<sup>25</sup>. Theo các nguyên tắc này của luật pháp quốc tế, chỉ có việc bãi bỏ các khiếu nại LPA của Tòa án Tư pháp tối cao Massachusetts và Tòa án Tối cao Hoa Kỳ ngày 01/03/1994 có thể cấu thành vi phạm NAFTA<sup>26</sup>. Do đó, HĐTT thấy rằng họ không có quyền tài phán đối với hai trong số ba yêu sách và dành phần lớn ý kiến của mình cho yêu cầu còn lại về khiếu kiện về từ chối tiếp cận công lý.

Mondev kiện Hoa Kỳ vi phạm Điều 1105 của NAFTA<sup>27</sup>, cụ thể là các hành động của SJC gồm: việc hủy bỏ cáo buộc vi phạm hợp đồng chống lại Thành phố; việc thất bại trong sửa chữa phán quyết của tòa cấp dưới; việc áp dụng hồi tố các quy định pháp luật mới; và cơ chế miễn trừ dành cho BRA<sup>28</sup>. Khiếu kiện của Mondev không phải việc từ chối của tòa án địa phương với vụ kiện

của họ mà là quy trình, thủ tục mà tòa án đã áp dụng. Theo đó, HĐTT quốc tế trong vụ kiện này được đề nghị xem xét lại tính đúng đắn của các phán quyết của tòa án địa phương<sup>29</sup>.

HĐTT được thành lập theo Hiệp định NAFTA trong vụ kiện này đã dẫn chiếu vụ *Azinian v. Mexico*<sup>30</sup>, theo đó “*khả năng buộc một quốc gia chịu trách nhiệm pháp lý đối với các quyết định tư pháp không cho phép một bên yêu cầu xem xét quốc tế các quyết định của tòa án quốc gia như thể quyền tài phán quốc tế cho phép thẩm quyền xét xử phúc thẩm toàn diện. Điều này thường không đúng và nói chung là không đúng với NAFTA*”.

HĐTT cho rằng trong việc áp dụng tiêu chuẩn tối thiểu quốc tế, điều quan trọng là phải phân biệt các bồi cánh thực tế và pháp lý khác nhau để quyết định. Đó là một hành động để đối phó với các hành vi không được giải quyết bởi tòa án địa phương và một hành động để đoán định việc đưa ra các quyết định tòa án cao nhất của một quốc gia đã hợp lý hay chưa. Theo NAFTA, các bên có tùy chọn tìm kiếm các biện pháp khắc phục tại địa phương (local remedies). Nếu họ làm như vậy và thua, thì chức năng của các HĐTT NAFTA không phải là các tòa án phúc thẩm<sup>31</sup>. HĐTT tiếp tục cho rằng: *Một sự từ chối công lý có thể được kết luận nếu các tòa án có liên quan từ chối xem xét một vụ kiện, nếu họ chậm trễ không đáng có, hoặc nếu họ điều hành*

<sup>23</sup> Vụ *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, Thông báo trọng tài tại đoạn 21-22 (01/09/1999), tại <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>24</sup> Công ước Viên về điều ước quốc tế, 23 tháng năm, 1969, Điều 28, 1155 U.N.T.S. 331, 339.

<sup>25</sup> Phán quyết vụ *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, đoạn 68 (11/10/2002), tại <http://www.naftaclaims.com>

<sup>26</sup> Đã dẫn. đoạn 70.

<sup>27</sup> “*Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu: 1) Mỗi Bên sẽ đối xử với khoản đầu tư của các nhà đầu tư của một Bên kia theo luật pháp quốc tế, bao gồm đối xử công bằng và thỏa đáng và bảo vệ an toàn đầy đủ; 2) Không ảnh hưởng đến khoản 1 và bất chấp Điều 1108 (7) (b), mỗi Bên sẽ đối xử với các nhà đầu tư của một Bên kia và khoản đầu tư của nhà đầu tư Bên khác, đối xử không phân biệt đối xử với các biện pháp mà họ áp dụng hoặc duy trì liên quan thiệt hại do đầu tư vào lãnh thổ của mình do xung đột vũ trang hoặc xung đột dân sự; 3) Đoạn 2 không áp dụng cho các biện pháp hiện hành liên quan đến trợ cấp hoặc trợ cấp sẽ không phù hợp với Điều 1102 nhưng đối với Điều 1108 (7) (b)*”.

<sup>28</sup> Vụ *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, Thông báo trọng tài đoạn 206 - 210 (01/09/1999), tại <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>29</sup> Campbell McLahland QC, Trọng tài đầu tư quốc tế, Nhà xuất bản đại học Oxford, năm 2007, tr. 227.

<sup>30</sup> Vụ *Azinian v. United Mexican States* (1999) 39 ILM 537 tại tr. 552 (đoạn 99).

<sup>31</sup> Phán quyết *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2, đoạn 127 (11/10/2002), tại <http://www.naftaclaims.com>



*công lý theo cách không nghiêm túc. Có một loại từ chối công lý thứ tư, đó là sự áp dụng sai trái rõ ràng và nghiêm trọng của pháp luật. Kiểu sai lầm không thể nghi ngờ này trùng lặp với khái niệm “giả vờ về mặt hình thức để che giấu sự vi phạm luật pháp quốc tế”. Trong trường hợp hiện tại, không những không có hành vi sai trái nào được đưa ra, mà HĐTT muốn ghi nhận lại rằng họ thấy bằng chứng là đủ để xóa tan bất kỳ cái bóng nào trước các phán quyết trung thực của tòa án Mexico. Những phát hiện của họ có thể có thể được cho là độc đoán, chứ không nói là sai lầm nghiêm trọng<sup>32</sup>.*

Trong vụ việc *ELSI*, Tòa án được mô tả là có hành vi độc đoán, hiển thị một cách cố ý coi thường quy trình đúng của pháp luật, đó là những cú sốc, hoặc ít nhất là những bất ngờ, một ý thức hệ về quyền tư pháp<sup>33</sup>. Câu hỏi đặt ra là liệu hành vi hành chính nhất định có phải là tùy tiện hay không, trái với quy định của một hiệp định quốc tế. Tuy nhiên (và không có bình luận nào khác về tính đúng đắn của quyết định), HĐTT coi tiêu chí mà Tòa án đánh giá là hữu ích trong bối cảnh phủ nhận công lý, và nó đã được áp dụng trong bối cảnh đó, như Nguyên đơn đã chỉ ra. HĐTT sẽ nhấn mạnh rằng từ “ngạc nhiên” không diễn ra trong cô lập. Bài kiểm tra không phải là liệu một kết quả cụ thể có gây ngạc nhiên hay không, mà là sự sốc hay bất ngờ xảy ra do tòa án không công bằng, được phản ánh để chứng minh các mối quan tâm về kết quả của quyền tư pháp, cũng nên nhớ rằng các tòa án quốc tế không phải là tòa phúc thẩm, và mặt khác, chương 11 của

NAFTA (giống như các hiệp định khác về bảo vệ đầu tư) nhằm cung cấp một biện pháp bảo vệ thực sự. Cuối cùng, câu hỏi đặt ra là, ở cấp độ quốc tế và liên quan đến các tiêu chuẩn được chấp nhận chung của công lý, một HĐTT có thể kết luận dưới ánh sáng của tất cả các sự kiện có sẵn rằng phán quyết rõ ràng là không công bằng, là không đúng đắn và không đáng tin, với kết là khoản quả đầu tư đã bị đối xử bất công và không công bằng. Điều này được thừa nhận là một tiêu chuẩn có phần mở, nhưng có thể trong thực tế không có công thức chính xác nào có thể được đưa ra để bao quát phạm vi<sup>34</sup>.

HĐTT ghi nhận rằng một khía cạnh của tiêu chuẩn đối xử tối thiểu được thiết lập trong tập quán quốc tế là sự từ chối công lý<sup>35</sup>. Một bên có sự chậm trễ không đáng có hoặc từ chối tiếp cận với các tòa án có thẩm quyền hoặc người đã phải chịu phán quyết bất công rõ ràng có thể viện dẫn học thuyết từ chối công lý<sup>36</sup>.

*Mondev* đưa ra các căn cứ chính để tuyên bố rằng Tòa án Tư pháp tối cao Massachusetts đã vi phạm tiêu chuẩn đối xử tối thiểu<sup>37</sup>. Trước tiên, SJC đã đi khá xa thẩm quyền được quy định bằng cách bác bỏ hợp đồng của LPA với Thành phố sau khi phát hiện rõ ràng rằng các bên đã ký kết hợp đồng có giá trị ràng buộc<sup>38</sup>. Tuy nhiên, HĐTT đã kết luận rằng quyết định của SJC về việc liệu một thỏa thuận về nguyên tắc chuyển nhượng bất động sản có ràng buộc hay không và liệu tất cả các điều kiện để thực hiện một thỏa thuận như vậy đã được đáp ứng, không gì khác hơn là xét xử theo thông luật<sup>39</sup>. Tiếp theo, SJC

<sup>32</sup> Phán quyết vụ *Azinian v. United Mexican States* (1999) 39 ILM 537 tại tr. 552 (đoạn 99).

<sup>33</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Báo cáo của ICJ 1989 tr. 15 tại tr.76 (đoạn 128), trích dẫn phán quyết của Tòa án trong vụ *Asylum*, Báo cáo ICJ 1950 tr. 266 tại tr. 284, dẫn chiếu tới hành vi lạm quyền “thay thế cho nhà nước pháp quyền”.

<sup>34</sup> Phán quyết vụ *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, đoạn 127 (11/10/2002), tại <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>35</sup> Phán quyết vụ *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, đoạn 119-25 (11/10/2002), tại <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>36</sup> Id. Đoạn. 126-27.

<sup>37</sup> Vụ *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, Thông báo trọng tài đoạn 140-50 (01/09/1999), tại <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>38</sup> Vụ *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, Thông báo trọng tài đoạn 141 (01/09/1999), tại <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>39</sup> Phán quyết vụ *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, đoạn 129-34 (11/10/2002), tại <http://www.naftaclaims.com>

nên trả lại cho bồi thẩm đoàn câu hỏi liệu LPA đã sẵn sàng và sẵn sàng thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng hay chưa<sup>40</sup>. HĐTT không thấy thuyết phục rằng hành vi của SJC là không đúng và nhấn mạnh rằng việc áp dụng các quy tắc tố tụng trong nước, như các câu hỏi về việc tìm hiểu thực tế, sẽ chỉ cấu thành sự từ chối công lý trong những trường hợp khắc nghiệt nhất<sup>41</sup>. Các cơ quan công quyền tham gia thương mại không được hưởng quyền miễn trừ theo luật định đối với các vụ lạm dụng có chủ ý và bất kỳ sự miễn trừ nào trong các trường hợp đó đều vi phạm tiêu chuẩn tối thiểu<sup>42</sup>. HĐTT lưu ý rằng mặc dù quyền miễn trừ theo luật định có thể không bảo vệ một quốc gia khỏi sự kiện vi phạm NAFTA, nhưng chỉ dựa vào thực tế là một quốc gia đã mở rộng quyền miễn trừ theo luật định đối với cơ quan quản lý không cấu thành vi phạm Điều 1105 (1)<sup>43</sup>. Cuối cùng, HĐTT đã bác bỏ từng căn cứ ủng hộ yêu cầu Điều 1105 (1) của *Mondev*, khi thấy rằng quyết định của SJC không quá độc đoán đến mức từ chối công lý theo tập quán quốc tế. Một lỗi đơn thuần, không có gì hơn, là không đủ để xác lập vi phạm tiêu chuẩn tối thiểu<sup>44</sup>. Xác định chính là không phải một kết quả cụ thể có gây ngạc nhiên hay không, nhưng liệu cú sốc hay bất ngờ xảy ra khiến tòa án trở nên không vô tư, theo phản ánh, để biện minh cho những lo ngại về công lý của phán quyết, dù lưu ý rằng các HĐTT quốc tế không phải là tòa án phúc thẩm, và mặt khác, chương 11 của NAFTA. . . được thiết kế để cung cấp một biện pháp bảo vệ thực sự<sup>45</sup>.

Dựa trên các lập luận nêu trên, toàn bộ khiếu kiện của *Mondev* về việc *Mondev* bị Hoa Kỳ từ chối tiếp cận công lý đã bị HĐTT bác bỏ.

#### **1.4. Bình luận về vụ việc**

Đây là một vụ việc thú vị, xét trên một số khía cạnh xuất phát từ chiến lược tranh tụng của Nguyên đơn.

**Thứ nhất**, hành động của các cơ quan hành chính của một quốc gia đã không được khiếu kiện trực tiếp ra trọng tài đầu tư quốc tế, nếu như nó được thực hiện trước khi hiệp định đầu tư (trong trường hợp này là NAFTA) có hiệu lực. Nguyên đơn đã phải tìm kiếm giải pháp khiếu kiện gián tiếp đối với phán quyết của tòa án địa phương với hành vi của cơ quan hành chính nhà nước. HĐTT đã chỉ ra, vấn đề miễn trừ tư pháp trước tòa án địa phương sẽ trở nên sáo rỗng nếu như *Mondev* có thể chọn giải pháp kiện BRA trực tiếp theo hiệp định<sup>46</sup>.

**Thứ hai**, khiếu kiện hình thành dựa trên loại thứ tư của từ chối tiếp cận công lý trong tập quán quốc tế, đó là áp dụng sai luật. Loại khiếu kiện này thường được áp dụng rất nghiêm ngặt. Ví dụ, với vấn đề quyền miễn trừ tư pháp của BRA, Nguyên đơn trong vụ kiện này không phản đối quyết định của Tòa án là theo luật của Massachusetts và không có sự bất công hay phân biệt đối xử, ... bất kỳ hành động nào có thể được nhận diện là vi phạm Điều 1105<sup>47</sup>. HĐTT đã khẳng định họ không làm nhiệm vụ của tòa phúc thẩm để xem xét lại bản án của tòa án trong nước. Việc phản đối nhằm vào nội dung của phán quyết chỉ có thể thành công trong trường hợp chỉ ra

<sup>40</sup> *Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Thông báo trọng tài đoạn 141 (01/09/1999), tại <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>41</sup> Phán quyết *Vụ Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, đoạn 136 (11/10/2002), tại <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>42</sup> Id. đoạn 139-40.

<sup>43</sup> Id. đoạn 151-56.

<sup>44</sup> Id. đoạn 126-27.

<sup>45</sup> Phán quyết *vụ Mondev International, Ltd. v. United States*, ICSID số ARB(AF)/99/2, Đoạn. 127 (11/10/2002), tại <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>46</sup> Phán quyết *MONDEV INTERNATIONAL LTD v UNITED STATES OF AMERICA*, số ARB(AF)/99/2; đoạn 154, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>

<sup>47</sup> Phán quyết *MONDEV INTERNATIONAL LTD v UNITED STATES OF AMERICA*, số ARB(AF)/99/2; đoạn 156, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>



được bằng chứng rõ ràng của việc hủy hoại công lý, hơn là chỉ có sai sót nhỏ trong áp dụng pháp luật<sup>48</sup>. Như vậy phán quyết một lần nữa khẳng định sẽ không có việc xem xét lại nội dung phán quyết của Tòa án trong nước theo luật pháp của chính họ. Như học giả Paulsson đã nhận định “*diễn đàn quốc tế không có lý do gì để ghi nhận loại khiếu kiện về nội dung của từ chối tiếp cận công lý. Theo pháp luật quốc tế, từ chối tiếp cận công lý chỉ là vấn đề về trình tự thủ tục đúng,*

*không có gì nhiều hơn thế-và như thế đã là khá nhiều*”<sup>49</sup>.

Như vậy thì trường hợp nào được coi là có liên quan, các trường hợp xem xét lại kết quả của các phán quyết của tòa án trong nước thường liên quan đến thiên vị, lỗi cố ý, không trung thực, hoặc thiếu công lý, hoặc không khách quan<sup>50</sup>... và sự phân biệt này thường được thực hiện trong các trường hợp thực thi phán quyết của tòa án nước ngoài và việc rà soát hệ thống tư pháp trong nước<sup>51</sup>./.

<sup>48</sup> Campbell McLahland QC, Trọng tài đầu tư quốc tế, Nhà xuất bản đại học Oxford, năm 2007, tr. 229.

<sup>49</sup> The classic study is AV Freeman, Trách nhiệm của nhà nước trong từ chối tiếp cận công lý, một đánh giá xuất sắc gần đây tiếp tục có liên quan đó là J Paulsson Denial of Justice in International Law (2005), dẫn lại tại Campbell McLahland QC, Trọng tài đầu tư quốc tế, Nhà xuất bản đại học Oxford, năm 2007, tr.229.

<sup>50</sup> GFITZMAURICE, “the meaning of the term “Denial of justice” (1932)13 BYIL 93. 112-113.

<sup>51</sup> Campbell McLahland QC, Trọng tài đầu tư quốc tế, Nhà xuất bản đại học Oxford, năm 2007, tr. 229.III

-----

## TỘI CHO VAY LÃI NẶNG TRONG GIAO DỊCH DÂN SỰ CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 (SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017)

(Tiếp theo trang 82)

**Thứ ba,** Bộ Công an phối hợp với Ngân hàng Nhà nước Việt Nam; Bộ Thông tin và Truyền thông; chính quyền địa phương và các tổ chức chính trị xã hội thực hiện công tác tuyên truyền sâu rộng, mạnh mẽ, toàn diện trên phạm vi cả nước, nhất là các địa bàn được xem là điểm nóng về tín dụng đen, cho vay lãi nặng về quy định của Nhà nước đối với hoạt động kinh doanh dịch vụ cầm đồ, kinh doanh tài chính; tình hình, phương thức, thủ đoạn hoạt động cho vay lãi nặng, tín dụng đen để người dân nâng cao nhận thức, cảnh giác không bị sa vào cạm bẫy tín dụng đen, cho vay lãi nặng; truyền thông để các cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp nắm bắt đầy đủ các chính sách tín dụng ngân hàng, các sản phẩm, dịch vụ tài chính nhằm nâng cao nhận thức và khả năng tiếp cận các dịch vụ của ngân hàng, tổ chức tín dụng.

**Thứ tư,** Ngân hàng nhà nước Việt Nam cần đẩy nhanh và mở rộng phương thức thanh toán điện tử, tổ chức triển khai chính sách tín dụng phục vụ phát triển nông nghiệp, nông thôn đến người dân được hưởng những chính sách ưu

đãi; đẩy mạnh cải cách thủ tục hành chính trong hoạt động tín dụng, ngân hàng; cải tiến quy trình, thủ tục cho vay, rút ngắn thời gian xét duyệt cho vay; đa dạng các sản phẩm, loại hình cho vay... đáp ứng được nhu cầu vay vốn chính đáng của các cá nhân, doanh nghiệp. Đồng thời, kiểm soát chặt chẽ các hoạt động tín dụng, kịp thời phát hiện, xử lý nghiêm những cán bộ ngân hàng lợi dụng hoặc lạm dụng chức vụ, quyền hạn tiếp tay cho các đối tượng cho vay lãi nặng nhằm trục lợi.

Tóm lại, trên đây là một vài nét cơ bản về tình hình, phương thức, thủ đoạn hoạt động của tội phạm cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự, những khó khăn, vướng mắc trong thực tiễn thu thập, đánh giá, sử dụng chứng cứ chứng minh tội phạm và người phạm tội, những hạn chế, bất cập xuất phát từ các quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) và những văn bản pháp luật có liên quan, trên cơ sở đó, đề xuất, kiến nghị một số giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự./.